

IVERKSETTELSE AV KONTROLLTILTAK ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN §§ 9-1 og 9-2

Bestemmelsenes anvendelsesområde, vilkår for iverksettelse og saksbehandlingsregler

Kandidatnummer: 531

Leveringsfrist: 25. november 2008

Til sammen 17813 ord

27.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensning	1
1.2	Betydningen av arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak.....	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>4</u>
2.1	Lov, forarbeider og rettspraksis.....	4
2.2	Særlig om forholdet til personopplysningsloven § 8 litra f	6
2.3	Særlig om forholdet til EMK artikkel 8	7
<u>3</u>	<u>SENTRALE HENSYN FOR OG MOT IVERKSETTELSE AV KONTROLLTILTAK .</u>	<u>8</u>
3.1	Arbeidsgivers behov for å kontrollere og overvåke sine ansatte.....	8
3.2	Hensynet til vern av arbeidstakers personlige integritet og det psykososiale arbeidsmiljøet.....	10
<u>4</u>	<u>AML § 9-1 FØRSTE LEDD – KOMPETANSEGRUNNLAG ELLER KOMPETANSEBEGRENSNING?</u>	<u>12</u>
<u>5</u>	<u>FORHOLDET MELLOM HJEMLENE FOR KONTROLLTILTAK OG SKRANKENE I AML § 9-1</u>	<u>14</u>
5.1	Kontrolltiltak med hjemmel i styringsretten	14
5.2	Kontrolltiltak med hjemmel i avtale/samtykke.....	16
5.3	Kontrolltiltak med hjemmel i lov eller forskrift	17

<u>6</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDET FOR AML §§ 9-1 OG 9-2.....</u>	<u>18</u>
6.1	Innledning	18
6.2	Begrepet ”arbeidstaker” i aml § 9-1	18
6.3	Begrepet ”kontrolltiltak” i aml §§ 9-1 og 9-2.....	21
6.3.1	Omfattes både rutinemessige og enkeltstående tiltak?.....	21
6.3.2	Tiltak med kontrollformål.....	21
6.3.3	Tiltak uten kontrollformål som likevel er egnet til å kontrollere arbeidstaker.....	23
6.3.4	Misligheter oppdaget ved tilfeldighet	24
6.3.5	Særskilt om anvendelsesområdet for saksbehandlingsreglene i aml § 9-2	27
<u>7</u>	<u>ADGANGEN TIL Å IVERKSETTE KONTROLLTILTAK ETTER AML § 9-1.....</u>	<u>31</u>
7.1	Kravet til saklighet	31
7.1.1	Saklig formål med kontrolltiltaket	33
7.1.2	Valget av kontrolltiltak må være saklig	36
7.2	Kravet til forholdsmessighet.....	41
7.2.1	Innledning	41
7.2.2	Begrepet ”belastning”	41
7.2.3	Krenkende tiltak som en skranke for adgangen til kontroll	43
7.2.4	Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen	46
<u>8</u>	<u>SAKSBEHANDLINGSREGLENE I AML § 9-2 - DRØFTING, INFORMASJON OG EVALUERING AV KONTROLLTILTAK.....</u>	<u>54</u>
8.1	Innledning	54
8.2	Drøftelsesplikten	55
8.3	Informasjonsplikten	57
8.4	Evalueringsplikten.....	60
	<u>LITTERATURREGISTER.....</u>	<u>61</u>

ØVRIGE KILDEHENVISNINGER.....	62
--------------------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Siktemålet med denne avhandlingen er å gjøre rede for arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 (”aml”) §§ 9-1 og 9-2.

Arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak var før arbeidsmiljøloven av 2005 regulert av ulovfestet rett, tariffavtaler og av sporadiske lov- og forskriftsbestemmelser om særskilte former for kontrolltiltak. Arbeidsmiljøloven kapittel 9 inneholder nå generelle bestemmelser om arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven kapittel 9 er hovedsakelig ment som en kodifisering av den rettsstilstand som tidligere fulgte av ulovfestet rett og tariffavtaler. Rettsstilstanden som fulgte av ulovfestet rett var relativt uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. Lovgiver mente at en kodifisering av reglene kunne føre til større bevissthet rundt kontrollspørsmål, og dermed i seg selv lede til en styrking av arbeidstakers personvern.¹ De sentrale tariffavtalene inneholder relativt omfattende regler av arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak som i all hovedsak svarer til reglene i aml §§ 9-1 og 9-2. Reglene her vil imidlertid ikke gjelde arbeidstakere som ikke er omfattet av de relevante tariffavtalene. Også dette talte etter departementets syn for at det var behov for en kodifisering.²

Arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd bestemmer at arbeidsgiver bare kan ”iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”.

¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 143

² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 143

Arbeidsmiljøloven § 9-2 fastsetter saksbehandlingsregler for iverksettelse av kontrolltiltak. Etter § 9-2 første ledd plikter arbeidsgiver ”så tidlig som mulig å drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte”. Bestemmelsens annet ledd fastsetter at arbeidsgiver skal ”gi de berørte arbeidstakerne informasjon om formålet med kontrolltiltaket, praktiske konsekvenser av kontrolltiltaket, herunder hvordan kontrolltiltaket vil bli gjennomført”, og ”kontrolltiltakets antatte varighet”. Etter tredje ledd skal arbeidsgiver ”sammen med arbeidstakernes tillitsvalgte jevnlig evaluere behovet for de kontrolltiltak som iverksettes”.

Disse bestemmelsene danner utgangspunktet for oppgavens tema. For det første vil jeg gjennomgå vilkårene for at bestemmelsene skal komme til anvendelse, det vil si begrepet ”arbeidstaker” i aml § 9-1 og begrepet ”kontrolltiltak” i aml §§ 9-1 og 9-2. Videre vil jeg redegjøre for vilkårene i § 9-1 om at kontrolltiltaket må ha ”saklig grunn i virksomhetens forhold” og ikke innebære ”en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”. Også det nærmere innhold i saksbehandlingsreglene i § 9-2 vil bli behandlet.

Reglene i aml §§ 9-1 og 9-2 gjelder for arbeidsgivere i både privat og statlig sektor.³ De spesielle problemstillinger som eventuelt kan oppstå for arbeidsgivere i statlig sektor på grunn av forvaltningsretten vil imidlertid ikke bli behandlet. Videre regulerer aml §§ 9-3 og 9-4 to særskilte former for kontrolltiltak som kan være spesielt inngripende for arbeidstaker – innhenting av helseopplysninger og medisinske undersøkelser. Disse bestemmelsene vil kun bli behandlet i den grad de er egnet til å belyse forståelsen av aml §§ 9-1 og 9-2.

Spørsmålet om arbeidsgivers kontrolladgang berører i utgangspunktet tre ulike regelsett; arbeidsmiljøloven, tariffavtaler og personopplysningsloven.

³ Aml § 1-2 tredje ledd gir hjemmel for at Kongen kan bestemme at visse kapitler ikke skal gjelde arbeidstakere som omfattes av tjenestemannsloven. Kapittel 9 kan ikke unntas anvendelse. Det er heller ikke gitt forskrift etter aml § 1-2 fjerde ledd om at kapittel 9 ikke kommer til anvendelse for deler av den offentlige forvaltning.

Arbeidstakers *adgang til å iverksette kontrolltiltak* og saksbehandlingsregler for dette er regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 9 og i tariffavtaler. Da oppgavens tema er arbeidsmiljølovens regler, vil bestemmelsene i tariffavtalene kun behandles i den grad de er relevant for tolkningen av aml §§ 9-1 og 9-2. Arbeidsgivers *adgang til å behandle personopplysninger* som fremkommer av kontrolltiltak reguleres av personopplysningsloven av 14. april 2000 nr 31 ("pol"). Nærmest ethvert kontrolltiltak vil resultere i personopplysninger som må behandles på en eller annen måte. Spørsmålene om arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak og adgangen til å behandle personopplysninger som fremkommer av kontrolltiltaket henger derfor nøye sammen. Arbeidsgiver adgang til å behandle personopplysninger faller imidlertid utenfor oppgavens tema. Oppgaven er derfor avgrenset mot arbeidsmiljøloven § 9-1 annet ledd, hvorefter personopplysningsloven gjelder for "arbeidsgivers behandling av opplysninger om arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak med mindre annet er fastsatt i denne eller annen lov".

1.2 Betydningen av arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak

Arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak er et spørsmål om rettigheter og plikter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og har derfor betydning i flere henseender.

Dersom arbeidsgiver har hjemmel for å iverksette et kontrolltiltak, og vilkårene i aml § 9-1 er oppfylt, vil arbeidsgiver ha *rett* til å iverksette tiltaket. Motsatt *plikter* arbeidstaker da å etterkomme arbeidsgiver pålegg om kontroll. Dersom arbeidstaker i en slik situasjon motsetter seg gjennomføringen av kontrollen og nekter å medvirke, vil dette utgjøre et brudd på arbeidsavtalen. Ved tvist om et kontrolltiltak er rettmessig eller ikke, er det sikker rett at arbeidstaker har en resignasjonsplikt, som innebærer at arbeidstaker plikter å medvirke til kontrollen inntil spørsmålet er rettslig avklart.⁴ Dette gjelder imidlertid ikke dersom kontrolltiltaket er åpenbart urettmessig, av særlig inngripende art eller i de tilfeller

⁴ Rt-1977-902 og Fougner (2007) s. 299

hvor arbeidsgiver ikke har noen rimelig eller saklig grunn for at iverksettelse kan vente til spørsmålet er rettslig avklart.⁵

Videre har spørsmålet om et kontrolltiltak er rettmessig betydning dersom opplysninger som fremkommer gjennom kontrolltiltaket benyttes som grunnlag for oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker. Dersom et kontrolltiltak er iverksatt i strid med arbeidsmiljøloven § 9-1, kan dette medføre at resultatene som fremkom av kontrolltiltaket ikke kan føres som bevis ved eventuell tvist om oppsigelsens eller avkjedens rettmessighet. Dette fordi bevis innhentet ved kontrolltiltak iverksatt i strid med bestemmelsen i § 9-1 som hovedregel vil ”omfattes av den ulovfestede adgangen til bevisavskjæring”.⁶

Spørsmålet har også betydning dersom opplysningene som fremkommer gjennom tiltaket får andre konsekvenser for arbeidstaker enn oppsigelse og avskjed. Resultatet av et kontrolltiltak kan medføre at arbeidstaker for eksempel får en skriftlig advarsel, han degraderes, overflyttes til en annen avdeling, fratas arbeidsoppgaver eller suspenderes. Dersom det oppstår tvist om arbeidsgivers beslutning er saklig, kan det også her oppstå spørsmål om bevisavskjæring.

2 Rettskildebildet

2.1 Lov, forarbeider og rettspraksis

Arbeidsmiljøloven regulerer arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak og saksbehandlingsregler for dette.

⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

⁶ RG-2007-56

Arbeidsmiljølovens forarbeider⁷ behandler spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak relativt grundig. Forarbeidene bygger på rapporten ”Kontroll og overvåkning i arbeidslivet” fra et underutvalg. Rapporten ble levert Arbeidslivslovutvalget 20. juni 2002, som går gjennom de fleste aspekter ved kontroll og overvåkning i arbeidslivet.

Det har vært få saker for domstolene om arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak etter ikrafttreddelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.⁸ Arbeidsmiljøloven § 9-1 er imidlertid ment som en kodifisering ulovfestet rett.⁹ Rettspraksis før ikrafttreddelsen av § 9-1 vil derfor være svært relevant ved gjennomgangen av gjeldende rett.

Videre er dommer fra Arbeidsretten relevant for vurderingen av når et kontrolltiltak er rettmessig. De kollektive avtalene har lenge inneholdt regler som regulerer arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak samt saksbehandlingsregler. Aml §§ 9-1 og 9-2 er ment som en kodifisering av de regler som er oppstilt i tariffavtalene, da hovedsakelig Hovedavtalen mellom LO og NHO (”Hovedavtalen”).¹⁰ Forståelsen av bestemmelsene om kontrolltiltak i tariffavtalene vil dermed være relevant for tolkningen av aml §§ 9-1 og 9-2.

Svensk, dansk og finsk rett vil kunne ha relevans ved tolkningen av aml § 9-1. Dette er forutsatt i arbeidsmiljølovens forarbeider, da rettstilstanden hva gjelder kontrolltiltak i disse landene er relativt lik den norske rettstilstand.¹¹

⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) og NOU 2004:5

⁸ Loven trådte i kraft 1. januar 2006 med visse unntak

⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314 og 143

¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 143

¹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 136-138 og s. 144

2.2 Særlig om forholdet til personopplysningsloven § 8 litra f

Arbeidsmiljølovens forarbeider forutsetter at dersom arbeidsgiver har adgang til å iverksette et kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven, vil han regulært også ha hjemmel for behandling (her innhenting) av personopplysninger etter personopplysningsloven § 8 f.¹² Etter pol § 8 litra f kan personopplysninger behandles ”dersom behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen”.

Vilkårene i pol § 8 litra f har betydelig likhet med vilkårene for iverksettelse av kontrolltiltak etter aml § 9-1. Det følger av arbeidsmiljølovens forarbeider at aml § 9-1 og personopplysningsloven § 8 litra f må tolkes i lys av hverandre.¹³ Personopplysningsloven § 8 litra f er dermed relevant for forståelsen av arbeidsmiljøloven § 9-1.

I forarbeidene uttales det at kravet om saklig grunn i aml § 9-1 normalt vil føre til at personopplysningslovens vilkår om ”berettiget interesse” vil være oppfylt, mens vilkåret om forholdsmessighet i alminnelighet vil innebære at kravet om at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettigede interesse vil være oppfylt. Forståelsen av ”berettiget interesse” i pol § 8 litra f vil derfor være relevant for tolkningen av saklighetskravet i aml § 9-1, mens kravet til at hensynet til arbeidstakers personvern ikke overstiger arbeidsgivers interesse i behandlingen vil være relevant for forholdsmessighetskravet etter aml § 9-1.

Etter mitt syn vil også praksis rundt *nødvendighetskravet* i pol § 8 være relevant for tolkningen av saklighetskravet i aml § 9-1. Nødvendighetskravet medfører også et krav om egnethet.¹⁴ Kravet til nødvendighet og egnethet er en del av *saklighetskravet* etter aml § 9-1.

¹² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146

¹³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146

¹⁴ Jf bl.a. LB-2007-121782

Etter dette er det også vanskelig å se at arbeidsgiver ikke skal ha adgang til å behandle personopplysninger etter pol § 8 litra f som fremkommer av et lovlig iverksatt kontrolltiltak. Jeg kan vanskelig se at nødvendighetskravet i pol § 8 har elementer i seg som ikke fanges opp av saklighets- og forholdsmessighetskravet i aml § 9-1. Departementet mente at nødvendighetskravet i pol § 8 kunne skape usikkerhet med tanke på dette spørsmålet.¹⁵ Etter mitt syn vil nødvendighetskravet imidlertid være oppfylt idet vilkårene i aml § 9-1 er oppfylt. Dette for det første fordi saklighetskravet innebærer et krav om egnethet og nødvendighet, jf punkt 7.1.2 nedenfor. Dette vil etter min mening fange opp de sentrale vurderinger som nødvendighetskravet i pol § 8 legger opp til. Videre må det antas at nødvendighetskriteriet i pol § 8 oppstiller et krav til at det må foreligge et reelt og kvalifisert behov for behandlingen. Selv om det nok ikke kan stilles krav til at behandlingen er eneste mulige alternativ, vil det nok ikke være tilstrekkelig at behandlingen kun er hensiktsmessig.¹⁶ Dette vil være et sentralt element i forholdsmessighetsvurderingen etter aml § 9-1. Etter mitt syn kan det derfor vanskelig tenkes at et kontrolltiltak er saklig og forholdsmessig etter arbeidsmiljøloven § 9-1, men hvor behandling (her innhenting) av opplysningene ikke er nødvendig etter pol § 8. Personopplysningsloven kan imidlertid sette skranker for arbeidsgivers *etterfølgende* behandling og bruk av personopplysninger innhentet ved kontrolltiltak.

Personopplysningsloven vil kun bli behandlet i den utstrekning praksis rundt pol § 8 litra f er egnet til å belyse forståelsen av aml § 9-1.¹⁷

2.3 Særlig om forholdet til EMK artikkel 8

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (”EMK”) ble vedtatt 4. november 1950, og trådte i kraft 3. september 1953. EMK gjelder som norsk lov, jf menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2.

¹⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146

¹⁶ Jørstad s. 48-49

¹⁷ Personopplysningsloven bygger på Europarådskonvensjonen av 28. Januar 1981 nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger og EFs personverndirektiv 95/46/EF. Jeg kommer imidlertid ikke å behandle disse folkerettslige forpliktelsene for Norge nærmere, idet det ikke anses nødvendig for oppgavens tema.

Når det gjelder kontrolltiltak er EMK artikkel 8 relevant. Artikkelen fastsetter i første ledd at ”enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”. Det kan ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet, ”unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”, jf EMK artikkel 8 annet ledd.

Norsk rett må i utgangspunktet tolkes i samsvar med EMK artikkel 8. Det er antatt at norsk rett hva gjelder arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak både før og etter ikrafttreddelsen av arbeidsmiljøloven kapittel 9 *er* i samsvar med EMK art 8.¹⁸ Dersom rettstilstanden likevel mot formodning skulle stride mot bestemmelsen, vil EMK artikkel 8 gå foran norsk rett. Dette følger av menneskerettsloven § 3, hvoretter EMK ved motstrid går foran bestemmelser i annen lovgivning. I slike tilfeller vil derfor EMK artikkel 8 utgjøre en materiell begrensning i arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker.

3 Sentrale hensyn for og mot iverksettelse av kontrolltiltak

3.1 Arbeidsgivers behov for å kontrollere og overvåke sine ansatte

Mens arbeidstaker får økonomisk kompensasjon for sitt arbeid for arbeidsgiver, får arbeidsgiver arbeid i motytelse. Et grunnleggende behov for arbeidsgiver er å kunne kontrollere arbeidstakerens arbeidsprestasjoner og etterlevelse av arbeidskontrakten i vid forstand. Arbeidsgivers behov for kontroll vil sjelden være egnet for uttømmende regulering i arbeidsavtalen. Arbeidsgivers kontrolladgang bygger derfor tradisjonelt på

¹⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 140

arbeidsgivers styringsrett, nærmere omtalt i punkt 5.1. Arbeidsgivers styringsrett betegnes som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, *kontrollere* og fordele arbeidet.¹⁹

Arbeidsgiver kan altså ha mange legitime grunner for ønske om å anvende ulike former for kontrolltiltak.

Arbeidsgiver kan naturlig nok være interessert i å kontrollere *om arbeidstakeren faktisk yter det han etter arbeidsavtalen skal yte*, herunder arbeidstid, krav til produksjon med mer. Han kan også ha interesse av å kontrollere om arbeidsinnsatsen svarer til lønnsutbetalinger (ved akkord- eller timelønn), bonuser med mer.

Ofte vil kontroll være begrunnet *i effektivitet og lønnsomhet*. Det å kunne kontrollere når arbeidstaker møter opp og går fra jobb, hva hver enkelt og bedriften produserer i løpet av en arbeidsdag, og om varer og tjenester kan produseres mer effektivt vil utvilsomt være nyttig for en virksomhet. Kunnskap om den enkeltes arbeidsdag kan være nødvendig for at arbeidsdagen kan legges opp slik at arbeidsgiver får mest mulig effektivitet fra sine ansatte. For å kartlegge effektiviteten kan det være behov for kontrolltiltak rettet mot de enkelte ansatte.

Videre har arbeidsgiver etter aml § 4-1 hovedansvaret for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. For å unngå ulykker og helsemessige skader hos de ansatte kan det være nødvendig å gjennomføre kontrolltiltak for å sikre at sikkerhetsrutiner på arbeidsplassen følges. I denne forbindelse er det også verdt å merke seg at arbeidsgiver etter skadeserstatningsloven § 2-1 har et erstatningsansvar for sine arbeidstakers uaktsomme handlinger, som også kan lede til et behov for kontroll.

Arbeidsgiver kan ha behov for å kartlegge hvordan man skal *videreutvikle tjenester og produkter*. Kontrolltiltak kan dermed også være i arbeidstakernes interesse, ved at de på

¹⁹ Rt-2001-418 og Rt-2000-1602

lengre sikt får beholde sin arbeidsplass. En arbeidstaker blir i slike henseender en del av et hele, men hvor arbeidsgivers behov for å kontrollere driften får virkning for den enkelte ansatte.

Kontrolltiltak kan også være nødvendig for at arbeidsgiver skal kunne holde sin del av arbeidsavtalen, for eksempel ved at timelister må innleveres for utbetaling av lønn. Også slike tiltak kan dermed være i både arbeidsgivers og arbeidstakers interesse.

Arbeidsgiver har som regel en sterk interesse i å *hindre og avdekke straffbare forhold og andre misligheter*, herunder underslag. Butikkansatte er for eksempel i en posisjon hvor de kanskje enkelt kan ta med seg varer hjem og underslå penger fra kassen dersom arbeidsgiver ikke har mulighet for å iverksette visse former for kontrolltiltak. Med ”misligheter” menes i det følgende handlinger fra arbeidstakers side som vil innebære et brudd på arbeidsavtalen i vid forstand, herunder illojale og straffbare forhold.

3.2 Hensynet til vern av arbeidstakers personlige integritet og det psykososiale arbeidsmiljøet

Iverksettelse av et kontrolltiltak på arbeidsplassen vil ofte kunne oppleves som et inngrep i arbeidstakers personlige integritet. Dette kan tale imot iverksettelsen av et kontrolltiltak. Med personlig integritet siktes det til den rett man som person har til å ha kontroll over opplysninger om seg selv og retten til en eksklusiv, personlig sfære. Den personlige integritet har flere aspekter som vanskelig kan defineres konkret, men som eksempler kan nevnes retten til å bestemme over egen kropp, å ikke utsettes for følelsesmessige belastninger, å kunne kommunisere uforstyrret og å selv bestemme om man vil gi fra seg informasjon om seg selv.

På bakgrunn av hensynet til vern av den personlige integritet er det gjennom rettspraksis oppstilt et ulovfestet personvern. Høyesterett uttrykte dette for første gang i dommen inntatt i Rt-1952-1217. Spørsmålet for Høyesterett i denne saken var om et filmselskap var berettiget til å vise en film hvor filmens innhold hadde en nær tilknytning til det faktiske

hendelsesforløp ved et lensmannsmord i 1926 og gjerningsmennenes flukt og pågrepelse. Høyesterett uttrykte at

”det i norsk rett finnes et alminnelig rettsvern for personligheten, og at ankemotparten innenfor rammen av dette vern har rett til å motsette seg oppførselen av den omhandlede film. (...) For å avgjøre om det inngrep i personlighetens rettsvern som denne sak gjelder, kan betegnes som rettsstridig, må det foretas en interesseavveining, og jeg tar da først for meg de virkninger som en må regne med at en fremvisning av filmen ”To mistenkelige personer” vil medføre for ankemotparten.”

Etter å ha vurdert selve inngrepet i personvernet for ankemotparten, går Høyesterett så over til å vurdere det andre elementet i interesseavveiningen – ankende parts *behov* for å foreta dette inngrepet. Høyesterett kom til at hensynet til personlighetens rettsvern veide tyngre enn behovet for inngrepet.

Det ulovfestede personvern setter grenser også for arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak. Hensynet til arbeidstakers personlige integritet og personvern kan altså tale mot at arbeidsgiver skal kunne iverksette kontrolltiltak. Ved vurderingen av om et kontrolltiltak er rettmessig, må det derfor tas hensyn til hvor inngripende tiltaket er eller kan bli for den enkelte, samt generell respekt for andre menneskers verdighet og privatliv.²⁰ Slik Høyesterett i overnevnte sak foretar en interesseavveining mellom behovet for den aktuelle handling og inngrepet i personvernet, må det også ved vurderingen av om et kontrolltiltak er lovlig foretas en avveining mellom arbeidsgivers behov for tiltaket og inngrepet i arbeidstakers personvern, se punkt 7.2 nedenfor. Rettspraksis fra før arbeidsmiljøloven av 2005 har derfor oppstilt et krav om forholdsmessighet mellom arbeidsgivers behov for å iverksette et kontrolltiltak og inngrepet i arbeidstakers personlige integritet.

²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 140

Kontrolltiltak kan også ha negative virkninger for det psykososiale arbeidsmiljøet. En arbeidsdag preget av kontroll og overvåkning vil utvilsomt føre til at arbeidsmiljøet kan bli belastende for arbeidstaker. Etter arbeidsmiljøloven § 4-1 plikter arbeidsgiver å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder et fullt forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø. Denne bestemmelsen er en lovfestet begrensning for hvilke kontrolltiltak arbeidsgiver kan iverksette. Også hensynet til arbeidsmiljøet vil dermed kunne tale imot at arbeidsgiver kan iverksette et kontrolltiltak.

4 Aml § 9-1 første ledd – kompetansegrunnlag eller kompetansebegrensning?

Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidsgiver ikke kan iverksette tiltak av inngripende art overfor arbeidstaker med mindre arbeidsgiver har et rettslig grunnlag for iverksettelsen.²¹ Iverksettelse av kontrolltiltak overfor arbeidstakere vil være av mer eller mindre inngripende karakter, slik at arbeidsgiver trenger en hjemmel. Mulige rettslige grunnlag for arbeidsgivers iverksettelse av kontrolltiltak er arbeidsgivers styringsrett, samtykke gjennom individuell eller kollektiv avtale og lov- eller forskriftsbestemmelse.

Jeg vil først se på om § 9-1 første ledd utgjør en slik selvstendig lovhjemmel for kontrolltiltak. Dette er et spørsmål om § 9-1 er et kompetansegrunnlag eller en kompetansebegrensning. Problemstillingen har begrenset betydning materielt sett. Dersom § 9-1 er et kompetansegrunnlag, vil ikke dette utvide eller begrense arbeidsgivers arbeidsrettslige adgang til å iverksette kontrolltiltak i forhold til om bestemmelsen ikke gir kompetanse – iverksettelsen vil uansett være underlagt krav til saklighet og forholdsmessighet.

²¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 135. Dette er et naturlig utgangspunkt, idet arbeidsgiver ikke kan pålegge arbeidstaker å tale/gjøre noe med mindre han har noe rettslig grunnlag for å kreve det.

Spørsmålet er imidlertid av en viss betydning, for det første når de gjelder vilkåret om at et kontrolltiltak ikke må være uforholdsmessig. Som jeg vil vise i punkt 7.2.2 nedenfor, er det i forholdsmessighetsvurderingen kun inngrep i arbeidstakers personlige integritet som skal tas i betraktning av belastninger for arbeidstaker. Andre ulemper skal ikke tas i betraktning. Dersom § 9-1 er en selvstendig hjemmel vil dermed andre ulemper for arbeidstakerne, så som at kontrolltiltaket griper inn i deres inntjeningsmuligheter, ikke komme med i vurderingen av om et kontrolltiltak kan iverksettes. Slike ulemper kan medføre at et tiltak ikke har *hjemmel* i styringsretten etter gjeldende rett,²² men vil ikke ha noen plass i vurderingsgrunnlaget etter § 9-1. Dersom § 9-1 er en hjemmelsbestemmelse vil loven dermed ha foretatt en endring i gjeldende rett.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 9-1 at arbeidsgiver ”bare” kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker dersom vilkårene i aml § 9-1 er oppfylt. Ordet ”bare” trekker klart i retning av at § 9-1 første ledd er en kompetanse*begrensning* for arbeidsgiver, idet lovens vilkår om saklighet og forholdsmessighet må være oppfylt for at tiltaket kan iverksettes. § 9-1 kan her sammenlignes med for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse; arbeidstaker kan ikke sies opp ”uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”. Bestemmelsen hjemler ikke oppsigelse, men setter skranker for adgangen til oppsigelse. Selve hjemmelen for oppsigelse finnes utenfor bestemmelsen, nemlig i selve arbeidsavtalen og arbeidsgivers styringsrett. § 15-7 fremstår i likhet med § 9-1 kun som en begrensning i arbeidsgivers kompetanse.

Forarbeidene har ikke tatt uttrykkelig stilling til dette spørsmålet. Enkelte uttalelser kan forstås slik at lovgiver har ment aml § 9-1 som en kompetansebestemmelse. Blant annet uttales følgende: ”Dersom vilkårene for å foreta kontroll er oppfylt, vil kontrolladgangen måtte anses som en arbeidsrettslig rettighet for arbeidsgiver.”²³ Bakgrunnen for denne og flere lignende uttalelser synes imidlertid å være at lovgiver *forutsetter* at § 9-1 er en

²² Dersom slike ulemper må anses som et brudd på arbeidsavtalen

²³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146

kompetansebegrensning og ikke en hjemmelsbestemmelse. Blant annet stiller forholdsmessighetsprinsippet *krav til rettsgrunnlaget* for kontrolltiltaket.²⁴ Hvilken hjemmel arbeidsgiver har for kontrolltiltaket vil dermed få betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Også det forhold at andre ulemper for arbeidstaker enn inngrepet i personvernet ikke skal tas med i vurderingen taler for at lovgiver ikke har ment § 9-1 som en hjemmelsbestemmelse. Forarbeidene har nettopp ikke lagt opp til en endring av gjeldende rett på dette punkt.

Dermed må arbeidsgiver ha en hjemmel for tiltaket utenfor arbeidsmiljøloven § 9-1 for i det hele tatt å kunne iverksette kontrolltiltak, det vil si i styringsretten, samtykke/avtale eller lovbestemmelse. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvilket rettslig grunnlag arbeidsgiver har for å iverksette tiltaket. Selv om et tiltak går klar av § 9-1, kan det altså være ulovlig dersom det ikke foreligger hjemmel. Normalt vil imidlertid et tiltak som oppfyller vilkårene i § 9-1 ha hjemmel i styringsretten.

5 Forholdet mellom hjemlene for kontrolltiltak og skrankene i aml § 9-1

Iverksettelse av kontrolltiltak kan ha hjemmel i arbeidsgivers styringsrett, i samtykke fra/avtale med arbeidstaker eller gjennom lov- eller forskriftsbestemmelse. Jeg vil i det følgende se nærmere på forholdet mellom § 9-1 og de ulike hjemlene, herunder om vedtakelsen av § 9-1 innebærer en endring i forhold til rettstilstanden før arbeidsmiljøloven av 2005.

5.1 Kontrolltiltak med hjemmel i styringsretten

Arbeidsgivers styringsrett defineres som nevnt som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. Dette må imidlertid skje innen rammen av det

²⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 140

arbeidsforhold som er inngått, jf blant annet Rt-2001-418 og Rt-2000-1602. Styringsretten er dermed begrenset av arbeidsavtalen i vid forstand, jf Rt-2001-418. Videre begrenses styringsretten av eventuelle kollektive avtaler, lov- og forskriftsbestemmelser og alminnelige saklighetsnormer. Styringsretten kan ses på som et eget kompetansegrunnlag eller som en restkompetanse.

Arbeidsgivers styringsrett er for det første begrenset av bestemmelser i *lov og forskrift*. Arbeidsmiljøloven § 9-1 utgjør en slik begrensning i styringsretten. Krav til saklighet og forholdsmessighet ved utøvelsen av styringsretten fulgte allerede av ulovfestet rett før § 9-1 trådte i kraft.

Begrensninger i styringsretten følger også av andre lov- og forskriftsbestemmelser. Personopplysningsloven utgjør en viktig begrensning i styringsretten når det gjelder kontrolltiltak. Eksempelvis reguleres fjernsynsovervåkning særskilt av personopplysningsloven kapittel VII.²⁵ Kontrolltiltak som innebærer fjernsynsovervåkning må dermed oppfylle vilkårene i disse bestemmelsene i tillegg til saklighets- og forholdsmessighetskravet. Dette gjaldt så vel før som etter ikrafttreddelsen av § 9-1.

Videre er styringsretten begrenset av eventuelle *avtaler mellom partene*. Dersom arbeidsgiver i arbeidsavtalen eller gjennom kollektiv avtale for eksempel har bundet seg til at visse former for kontrolltiltak *ikke kan iverksettes*, vil arbeidsgiver ikke ha hjemmel i styringsretten for iverksettelse av disse tiltakene. Det samme gjelder dersom arbeidsgiver gjennom individuell eller kollektiv avtale har bundet seg til *strengere vilkår for iverksettelse* av kontrolltiltak enn det som følger av arbeidsmiljøloven. Arbeidsgiver vil da være bundet av de avtalte vilkårene på grunn av avtalte begrensninger i styringsretten. Som det vil fremgå, er imidlertid § 9-1 i stor utstrekning en kodifisering av de vilkår for iverksettelse av kontrolltiltak som blant annet fremgikk av sentrale tariffavtaler. Hovedavtalen inneholder for eksempel ikke strengere vilkår for iverksettelse av

²⁵ Se også for eksempel straffeloven §§ 145 og 145a om brevbrudd m.m. og avlytting

kontrolltiltak på de punkter som gjennomgås i denne oppgaven enn det som følger av arbeidsmiljøloven § 9-1.

5.2 Kontrolltiltak med hjemmel i avtale/samtykke

Iverksettelse av kontrolltiltak kan også bygge på et samtykke fra arbeidstakeren. Samtykket kan skje gjennom den individuelle arbeidsavtalen, kollektiv avtale eller individuell avtale i etterkant av inngåelsen av arbeidsavtalen. Spørsmålet om når det kan sies å foreligge et gyldig samtykke er så vidt omtalt i forarbeidene, hvor det vises til ulovfestede prinsipper og personopplysningsloven.²⁶ Etter pol § 2 nr. 7 må et samtykke være frivillig, informert og uttrykkelig for å være gyldig.

Utgangspunktet i norsk rett er at det råder full avtalefrihet; man skulle derfor tro at iverksettelsen av et kontrolltiltak er lovlig så lenge arbeidstaker har samtykket til dette. Det følger imidlertid av arbeidsmiljøloven § 9-1 at kontrolltiltak ”bare” kan iverksettes dersom lovens vilkår er oppfylt. Bestemmelsen utgjør dermed en begrensning i avtalefriheten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Partene kan ikke fravike arbeidsmiljøloven ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt, jf arbeidsmiljøloven § 1-9. Det må antas at avtale om/samtykke til at et kontrolltiltak kan iverksettes i strid med vilkårene i § 9-1 er en avtale til ugunst for arbeidstaker. En annen sak er at kravene i aml § 9-1 lettere vil være oppfylt i de tilfellene hvor det foreligger et gyldig samtykke fra arbeidstaker enn hvor tiltaket har hjemmel i styringsretten.

Når det gjelder kontrolltiltak iverksatt med hjemmel i samtykke fra arbeidstaker innebærer arbeidsmiljøloven § 9-1 en viss endring i gjeldende rett. Bestemmelsens forarbeider tyder på dette, ved at samtykke tidligere ikke var underlagt krav om saklighet og forholdsmessighet.²⁷ Dersom arbeidstaker hadde avgitt et gyldig samtykke til iverksettelse av et kontrolltiltak, kunne han ikke senere få fastslått at kontrolltiltaket var ulovlig på grunn

²⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 417

²⁷ Underutvalgets rapport s. 26-27

av usaklighet eller uforholdsmessighet.²⁸ De momenter det legges vekt på i saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen vil imidlertid til en viss grad få betydning i vurderingen av om det i det hele tatt foreligger et gyldig samtykke til det aktuelle kontrolltiltaket. Vurderingstema ved om det er gitt et gyldig samtykke er imidlertid ikke saklighet og forholdsmessighet. Dermed må det antas at det er skjedd en viss endring i gjeldende rett. Som Jakhelln påpeker, kan det nå ikke avtales eller samtykkes til en mer vidtgående kontrolladgang enn det som følger av § 9-1.²⁹

5.3 Kontrolltiltak med hjemmel i lov eller forskrift

Videre kan iverksettelse av kontrolltiltak ha hjemmel i lov- eller forskriftsbestemmelser. Eksempler på bestemmelser som kan hjemle kontrolltiltak er arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd som pålegger arbeidsgiver en plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og skipssikkerhetsloven § 17 og smittevernloven § 3-2 med tilhørende forskrifter om plikt til å delta i visse medisinske undersøkelser.

Etter disse bestemmelsene kan arbeidsgiver ha en *plikt* til å iverksette visse kontrolltiltak. Det sentrale er her at lovbestemmelser i tillegg til å *begrense* adgangen til å iverksette kontrolltiltak, se punkt 5.1 og 5.2 ovenfor (styringsrett og samtykke), også selvstendig kan hjemle kontrolltiltak. Spørsmålet er om også disse kontrolltiltakene må oppfylle vilkårene i § 9-1 for å være lovlige. Utgangspunktet må være at dersom arbeidsgiver er lovpålagt å iverksette visse typer kontrolltiltak, så vil disse i de fleste tilfeller måtte anses som saklige og forholdsmessige, slik at det ikke oppstår noen motstrid mellom bestemmelsene. I tillegg vil § 9-1 *supplere* hjemmelsbestemmelser når det gjelder hvordan arbeidsgiver velger å iverksette kontrolltiltaket. Dersom det for eksempel ikke er fastsatt *hvordan* en medisinsk undersøkelse kan gjennomføres, vil arbeidsgivers iverksettelse av kontrolltiltaket delvis være utøvelse av styringsretten. Dermed vil denne delen av tiltaket være underlagt vilkårene i § 9-1.

²⁸ Jf at det i utgangspunktet råder full avtalefrihet mellom partene

²⁹ Jakhelln (2006) s. 61

6 Anvendelsesområdet for aml §§ 9-1 og 9-2

6.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven § 9-1 kommer etter ordlyden kun til anvendelse ved iverksettelse av kontrolltiltak overfor ”arbeidstaker”. I punkt 6.2 vil jeg derfor gjennomgå innholdet i dette begrepet.

Både anvendelsen av aml §§ 9-1 og 9-2 er knyttet til begrepet ”kontrolltiltak”.

Den rettslige betydningen av hvilke tiltak som er ”kontrolltiltak” og dermed reguleres av § 9-1 og ikke er relativt liten. Dette fordi arbeidsgivers utøvelse av styringsretten begrenses av alminnelige saklighetsnormer, slik at vurderingen av om et tiltak arbeidsgiver iverksetter er lovlig uansett vil være nesten sammenfallende. Det må videre antas at dersom det er tvil om man står overfor et kontrolltiltak eller ikke, vil tiltaket uansett være så lite inngripende overfor arbeidstakerne at en interesseavveining uansett vil gå i arbeidsgivers favør.³⁰ Avgrensningen av begrepet vil imidlertid ha betydning idet ”kontrolltiltak” vil være underlagt saksbehandlingsreglene i § 9-2. Jeg vil derfor se nærmere på hva som vil falle inn under begrepet ”kontrolltiltak” i punkt 6.3.

6.2 Begrepet ”arbeidstaker” i aml § 9-1

Det første spørsmålet er *hvem* et kontrolltiltak må være rettet mot for at aml § 9-1 skal komme til anvendelse. Aml §§ 9-1 gjelder etter ordlyden iverksettelse av kontrolltiltak overfor ”arbeidstaker”. Det samme arbeidstakerbegrepet som ellers i arbeidsmiljøloven må her legges til grunn. Aml § 1-8 første ledd definerer arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Ansettelsesform, altså om arbeidstaker er fast eller midlertidig ansatt, spiller dermed ingen rolle.

³⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

Lovens ordlyd bruker ”arbeidstaker” i entall. Spørsmålet er om også tiltak rettet mot flere arbeidstakere kan være kontrolltiltak. I praksis vil et tiltak som oftest være rettet mot flere eller alle ansatte. Rettspraksis før arbeidsmiljøloven av 2005 viser at også tiltak mot flere arbeidstakere vil omfattes av definisjon ”kontrolltiltak”, jf bl.a. ARD-1978-110. Ordlyden i § 9-1 må antas å være valgt fordi vilkårene i § 9-1 må være oppfylt ovenfor hver enkelt arbeidstaker, og kan således ikke få avgjørende vekt ved spørsmålet om tiltak rettet mot flere arbeidstakere omfattes.

En særskilt problemstilling oppstår dersom en virksomhet benytter seg av arbeidskraft som ikke er ansatt i bedriften, det vil si innleid arbeidstaker etter aml §§ 14-12 og 14-13 eller konsulent/kontraktør. Det kan her oppstå tvil om den innleide arbeidstaker eller konsulenten er ”arbeidstaker”. Det må i slike tilfeller foretas en konkret helhetsvurdering av om personen kan anses som ”arbeidstaker” etter aml § 9-1, jf aml § 1-8 første ledd. Jeg går ikke nærmere inn på denne vurderingen. Forutsatt at personen ikke kan regnes som ”arbeidstaker”, vil § 9-1 heller ikke få anvendelse.

Det må imidlertid være klart at oppdragsgiver i mange tilfeller kan ha samme behov for kontroll av slik arbeidskraft som av sine arbeidstakere. Utgangspunktet for hva oppdragsgiver kan foreta seg overfor den aktuelle personen er da *avtalen* som gir virksomheten adgang til å benytte seg av arbeidskraften, det vil si avtalen med utleiebedriften eller konsulentfirmaet. Spørsmålet om oppdragsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak overfor den aktuelle personen blir dermed et kontraktsrettslig og ikke et arbeidsrettslig spørsmål. Spørsmålet er om reglene i aml §§ 9-1 og 9-2 får anvendelse dersom *uleiebedriften eller konsulentfirmaet pålegger arbeidstakeren å underkaste seg kontrolltiltak iverksatt av oppdragsgiver*. Etter ordlyden gjelder aml § 9-1 dersom arbeidsgiver ”iverksetter” kontrolltiltak overfor arbeidstaker. I dette tilfellet er det ikke arbeidsgiver som iverksetter kontrolltiltaket. Arbeidsgiver gir kun et pålegg om å underkaste seg det iverksatte kontrolltiltaket. Dette taler for at bestemmelsene i aml §§ 9-1 og 9-2 ikke får anvendelse. Om arbeidsgiver kan gi slikt pålegg blir dermed et spørsmål om pålegget har hjemmel i styringsretten. Dommen inntatt i ARD-1951-201 støtter dette. Et av spørsmålene var om arbeidsgiver kunne pålegge sine arbeidstakere å underkaste seg personkontroll når de utførte arbeider ved et bryggeri. Bryggeriet krevde at alle som passerte ut av bedriftene underkastet seg personkontroll. Arbeidsretten uttaler om følgende om dette:

”Derimot er Arbeidsretten enig med saksøkerne i at installasjonsfirmaene har tariffmessig rett til å lede og fordele arbeidet, og at de derfor har rett til å kreve at de arbeidere som sendes ut til bryggeriene underkaster seg den personkontroll som bryggeriene forlanger gjennomført for å gi elektromontørene adgang til sine bedrifter.”

Dommen synes å bygge på at pålegget fra arbeidsgiver om å underkaste seg kontrolltiltaket iverksatt av bedriften var saklig, og dermed hadde hjemmel i styringsretten.

Videre er det et spørsmål om kontrolltiltak iverksatt overfor arbeidssøkere og tidligere arbeidstakere omfattes av anvendelsesområdet for aml § 9-1 – er disse ”arbeidstaker” etter § 9-1? Kontrolltiltak iverksatt under ansettelsesforholdet vil klart omfattes av § 9-1. Personen utfører da arbeid i en annens tjeneste, jf aml § 1-8 første ledd. Det samme gjelder tiltak iverksatt i oppsigelsestiden.

Det første spørsmålet er om tiltak iverksatt overfor arbeidssøkere omfattes av aml § 9-1. Arbeidssøkere er ikke ”arbeidstakere” etter aml § 1-9, idet de ikke utfører arbeid i annens tjeneste, jf aml § 1-8 første ledd. Forarbeidene synes heller ikke å legge til grunn at tiltak iverksatt i ansettelsesprosessen omfattes av anvendelsesområdet til § 9-1.³¹ Heller ikke lovens system tilser dette. I overskriften til aml § 9-4 er det presisert at bestemmelsen gjelder medisinske undersøkelser av ”arbeidssøkere og arbeidstakere” (min utheving). Presiseringen i denne bestemmelsen tilsier at lovgiver ikke har ment at begrepet ”arbeidstaker” i aml § 9-1 skal omfatte arbeidssøkere. Det må derfor legges til grunn at tiltak iverksatt overfor arbeidssøkere ikke omfattes av anvendelsesområdet for aml § 9-1.

Heller ikke en tidligere ansatt er i utgangspunktet ”arbeidstaker”, idet han ikke *lengre* utfører arbeid i annens tjeneste, jf aml § 1-8 første ledd. Forarbeidene nevner ikke noe om kontrolltiltak og tidligere arbeidstakere. Et kontrolltiltak kan imidlertid ha *samme formål* etter et ansettelsesforholds opphør som under ansettelsesforholdet. Etter en avskjed kan det for eksempel være aktuelt med innsyn i arbeidstakerens e-post lagret i den tidligere arbeidstakerens e-postadresse hos arbeidsgiver for å skaffe bevis for arbeidstakers

³¹ NOU 2004:5 s. 424

handlinger som har begrunnet avskjeden. Tiltaket kan også være *like inngripende* for en tidligere arbeidstaker som for en arbeidstaker. Disse hensyn tilsier at ordlyden i aml § 9-1 må tolkes utvidende til også å gjelde *tidligere* arbeidstakere. Videre er det nettopp det at den tidligere ansatte en gang har vært ”arbeidstaker” som aktualiserer kontrollspørsmålet. Også dette hensyn tilsier at ordlyden må tolkes utvidende. Etter mitt syn vil derfor kontrolltiltak iverksatt overfor tidligere arbeidstakere omfattes av anvendelsesområdet for aml § 9-1.

6.3 Begrepet ”kontrolltiltak” i aml §§ 9-1 og 9-2

6.3.1 Omfattes både rutinemessige og enkeltstående tiltak?

Ordlyden i §§ 9-1 og 9-2 skiller ikke mellom rutinemessige og enkeltstående tiltak. Også rettspraksis viser at begge disse former for tiltak vil kunne være ”kontrolltiltak”, jf blant annet ARD-1978-110 (rutinemessig kontrolltiltak) og RG-2007-56 (enkeltstående kontrolltiltak). Både generelle, rutinemessige tiltak og konkrete, enkeltstående tiltak omfattes dermed av definisjonen ”kontrolltiltak”. Noe annet er at saksbehandlingsreglene i aml § 9-2 antagelig ikke får anvendelse på kontrolltiltak iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter, se punkt 6.3.5 nedenfor.

6.3.2 Tiltak med kontrollformål

Begrepet kontrolltiltak er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Heller ikke lovens forarbeider gir noen definisjon av hvilke tiltak bestemmelsene omfatter. Forarbeidene viser til at den nærmere avgrensning av begrepet kontrolltiltak må skje gjennom utvikling av administrativ praksis og rettspraksis. Her er det angitt at *formålet med tiltaket* og *hvor inngripende* tiltaket er for arbeidstakerne vil være de sentrale vurderingstemaer.³²

³² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

Ordlyden ”kontrolltiltak” (min utheving) i § 9-1 tilsier at et tiltak må ha et kontrollformål for å være et kontrolltiltak.

Jakhelln uttaler følgende om hva som vil være et kontrolltiltak:

”Arbeidsmiljøloven definerer ikke kontrolltiltak nærmere, men det er utvilsomt at loven bygger på at begrepet er omfattende. I denne sammenheng må det derfor kunne legges til grunn at det med kontrolltiltak menes ethvert tiltak som skal sikre at arbeidstakere utfører sitt arbeids slik de skal, og for øvrig opptre innen de rammer som gjelder for arbeidsforholdet.”³³

Tilnærmingen viser at arbeidsgivers formål med tiltaket står svært sentralt. Utgangspunktet må være at dersom arbeidsgivers formål med et tiltak er å kontrollere sine ansatte, vil det være et kontrolltiltak. Kontrollformålet kan for eksempel være kontroll av de ansattes arbeidsutførelse eller tidsforbruk mv. De ulike kontrollformål kan være mange, og kan variere innen ulike bransjer og bedrifter.

I arbeidsmiljølovens forarbeider er det uttalt at reglene i aml kapittel 9 ikke er ment å skulle medføre et unødvendig byråkrati for virksomhetene i deres daglige virke.³⁴ I denne forbindelse uttaler departementet følgende: ”For eksempel vil alminnelig, nødvendig kvalitetskontroll som regel ikke innebære noe integritetsproblem for arbeidstakerne; de særlige reglene om kontrolltiltak skal da heller ikke komme til anvendelse.”³⁵ Det vil for eksempel være alminnelig, nødvendig kvalitetskontroll dersom et advokatfirma kontrollerer de juridiske notater som sendes ut av sine medarbeidere eller dersom et byggefirma kontrollerer utførelsen av renoveringen av et bad. Det sentrale her er altså at selv om det foreligger et kontrollformål, så vil ikke slike kontroller medføre noe inngrep i arbeidstakernes integritet.

³³ Jakhelln (2006) s. 392

³⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

³⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

6.3.3 Tiltak uten kontrollformål som likevel er egnet til å kontrollere arbeidstaker

I utgangspunktet tilsier ordlyden ”kontrolltiltak” i § 9-1 at et tiltak må ha et kontrollformål for å være et kontrolltiltak. Spørsmålet er imidlertid om et tiltak kan være et kontrolltiltak selv om det ikke har et kontrollformål, men etter sin art er *egnet* til å kontrollere arbeidstaker.

Ved at tiltaket er egnet til å kontrollere arbeidstaker, kan tiltaket innebære et inngrep i arbeidstakers personlige integritet. *Hvor inngripende tiltaket er for arbeidstaker* er etter forarbeidene det andre av de to sentrale elementer i vurderingen av om et tiltak er et ”kontrolltiltak”. Dette kan tale for at de særskilte reglene om kontrolltiltak får anvendelse selv om tiltaket ikke har et kontrollformål. Det som skiller kontrolltiltak fra andre arbeidsgiverbeslutninger er nettopp hensynet til arbeidstakers integritet. Ved kontrolltiltak må det skje en avveining mellom arbeidsgiver behov for tiltaket og inngrepet for arbeidstaker. Dersom tiltaket gjør et inngrep i arbeidstakers integritet, er det grunn til å gi de særskilte reglene for kontrolltiltak anvendelse, uavhengig av at *formålet* med tiltaket ikke er kontroll. Dette vil også vanskeliggjøre omgåelse av reglene i aml §§ 9-1 og 9-2. I stedet for å vurdere hva arbeidsgivers formål med tiltaket har vært, blir vurderingstemaet om tiltaket etter sin art er *egnet* til å kontrollere arbeidstaker. På bakgrunn av dette hensyn samt forarbeidenes anvisning på inngrepet for arbeidstaker som et relevant moment, må også tiltak uten kontrollformål som er *egnet* til å kontrollere arbeidstaker kunne utgjøre et ”kontrolltiltak”.

Et eksempel på et slikt tiltak er såkalt ”flåtestyring” som for eksempel benyttes i bud- og taxibransjen. Virksomheten anvender da GPS for til enhver tid å ha oversikt over hvor kjøretøyene befinner seg. Slike tiltak vil som regel være begrunnet i effektiv drift av virksomheten, for eksempel å enkelt kunne kontakte sjåføren i det kjøretøyet som befinner seg nærmest transportoppdraget. Tiltaket har i slike tilfeller ikke som formål å *kontrollere* arbeidstaker. Det må imidlertid være på det rene at tiltaket etter sin art kan være egnet til å kontrollere hvor arbeidstaker til enhver tid befinner seg, og dermed være relativt

inngripende. Det samme gjelder dersom arbeidsgivers avlytter arbeidstakers samtaler med kunder med det formål å effektivisere driften. Heller ikke dette tiltaket har kontrollformål, men er egnet til å kontrollere arbeidstaker.

Forarbeidene viser som nevnt til at man skal se hen til hvor inngripende tiltaket er for arbeidstaker. Ved vurderingen av om slike tiltak er ”kontrolltiltak” må man dermed også se hen til arten og størrelsen av inngrepet i arbeidstakers personlige integritet. Det må her skje en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I tilknytning til dette oppstår spørsmålet om det er et vilkår at arbeidstakerne kan *identifiseres* med de resultater som fremkommer av et tiltak for at det skal kunne være inngripende. Dersom arbeidstaker ikke kan identifiseres i resultatene av et tiltak, sier det ikke noe om han som person, hans handlinger eller prestasjoner. Det er dermed ingen gode grunner for at slike tiltak skal anses som inngripende.

Varetelling er et eksempel. Formålet vil som regel være å få en oversikt over virksomhetens varelager og å ha oversikt over svinn. I virksomheter hvor mange ansatte har tilgang til varelageret, vil ikke resultatene av en varetelling kunne knyttes opp til den enkelte arbeidstaker. Både formålet med arbeidsgivers tiltak og at det ikke foreligger noe inngrep i arbeidstakers personlige integritet taler derfor for at varetelling og lignende tiltak ikke er kontrolltiltak.

6.3.4 Misligheter oppdaget ved tilfeldighet

I mange tilfeller kan arbeidsgiver ha lovlig tilgang til opplysninger om arbeidstaker uten at arbeidsgiver verken har iverksatt noe ”tiltak” for å innhente opplysninger eller har kontroll som formål. Dette gjelder for eksempel dersom arbeidstaker bruker tjenestebil i sitt arbeid. Arbeidsgiver vil da få tilsendt regninger fra alle foretatte bomringpasseringer. Gjennom dette kan arbeidsgiver få opplysninger om når arbeidstaker har vært til stede på arbeidsplassen. Det samme gjelder dersom arbeidsgiver får tilsendt spesifiserte telefonregninger hver måned for arbeidstelefonen, hvorefter arbeidsgiver kan oppdage at

arbeidstaker ikke har gjort det han skal i arbeidstiden. Er det et kontrolltiltak at arbeidsgiver har tilgang til slik informasjon og gjennom dette tilfeldigvis oppdager misligheter hos arbeidstaker?

Dersom slike opplysninger systematisk kontrolleres, vil kontrollen av opplysningene utgjøre et kontrolltiltak. Da vil arbeidsgiver nettopp ha iverksatt et ”tiltak” med kontrollformål, og tiltaket vil kunne virke inngripende for arbeidstakerne. Problemet oppstår dersom arbeidsgiver ved en *tilfældighet* oppdager uregelmessigheter. I slike tilfeller har det ikke vært meningen eller planlagt å foreta en kontroll, og en tilfeldig handling kan vanskelig karakteriseres som et *tiltak*. Det er heller ikke selve det at arbeidstaker oppdager misligheter som er inngripende for en arbeidstaker – det inngripende ved et kontrolltiltak er at det faktisk skjer en kontroll. At arbeidsgiver oppdager noe ved en tilfeldighet vil dermed ikke være inngripende for arbeidstaker. Reglene i aml §§ 9-1 og 9-2 passer således ikke for de tilfeller hvor arbeidstaker ved tilfeldighet har oppdaget uregelmessigheter. Dette støttes av departementets uttalelse om at ”det ikke er meningen at forslaget om nye lovregler for kontrolltiltak i arbeidslivet skal innebære et unødvendig byråkrati for virksomhetene i deres daglige virke”.³⁶ Det vil for eksempel være umulig å drøfte og informere om en tilfeldig handling i forkant av handlingen. Konklusjonen må derfor bli at reglene i aml kapittel 9 ikke er ment å omfatte de tilfeller hvor arbeidsgiver har lovlig tilgang til opplysninger, og gjennom dette oppdager uregelmessigheter hos arbeidstaker ved en tilfeldighet.

Det samme må gjelde dersom arbeidsgiver tar en arbeidstaker på fersk gjerning i underslag, eller sjefen tilfeldigvis går forbi en café og ser en arbeidstaker som egentlig skulle vært på arbeid. Arbeidsgiver har ikke her noe kontrollformål ved sine handlinger, og det er ikke naturlig å se på handlingene som *tiltak*. Slike handlinger innebærer heller ikke noe integritetsinngrep for arbeidstaker - det er som nevnt ikke det at arbeidstaker oppdager uregelmessigheter som utgjør et integritetsinngrep, men det at arbeidstaker blir kontrollert.

³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

Også for disse eksemplene må det imidlertid trekkes en grense hvor arbeidsgiver faktisk iverksetter et tiltak og har et kontrollformål. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom arbeidsgiver regelmessig tråler caféene i nærheten av arbeidsplassen for å se etter sine arbeidstakere, eller hver dag stikker innom butikken ved stengetid for å sørge for at det ikke skjer underslag.

Dommen i Rt-2001-1589 er egnet til å illustrere skillet mellom kontrolltiltak og tiltak som ikke vil gå under begrepet ”kontrolltiltak” på grunn av at mislighetene hos arbeidstaker er oppdaget ved en tilfeldighet og uten kontrollformål. Spørsmålet om arbeidsgivers handlinger er kontrolltiltak er imidlertid ikke et tema i dommen. Saken gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker begrunnet i arbeidstakerens bruk av arbeidsgivers internettlinje til private formål. Arbeidsgiver hadde oppdaget denne bruken gjennom først å foreta en utskrift av loggen over den interne internettbruken. Man oppdaget da at den aktuelle arbeidstakeren stod for halvparten av nedlastingen på arbeidsplassen. Arbeidsgiver låste seg så inn på arbeidstakerens kontor etter stengetid og foretok utskrift over nedlastingene på As PC’er. Disse opplysningene ble lagt til grunn for oppsigelse av A. Arbeidsgiver *oppdaget* dette forholdet ved en tilfeldighet, og uten noe *kontrollformål*. Loggutskriften ville dermed ikke vært et ”kontrolltiltak”. Det at arbeidsgiver tok seg inn på arbeidstakers kontor og tok utskrift over arbeidstakers nedlastinger må derimot anses å ha vært et kontrolltiltak i arbeidsmiljølovens forstand. Formålet med tiltaket var nettopp å kontrollere arbeidstakerens nedlasting.

Vurderingen av om arbeidsgiver har iverksatt et *tiltak* med *kontrollformål* eller ikke ved slike handlinger som nevnt ovenfor, kan i mange tilfeller bli vanskelig å foreta. Var det en tilfeldighet at arbeidsgiver så på telefonregningen denne gangen, eller har han systematisk sett etter uregelmessigheter? Arbeidsmiljølovens forarbeider synes ikke å ha tatt høyde for denne problematikken.

6.3.5 Særskilt om anvendelsesområdet for saksbehandlingsreglene i aml § 9-2

Ovenfor er det redegjort for begrepet ”kontrolltiltak” og dermed hvilke tiltak som i utgangspunktet reguleres av arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2. Som nevnt vil både generelle og mer rutinemessige tiltak i virksomheten omfattes av begrepet, så vel som enkeltstående tiltak iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter hos en eller flere arbeidstakere. Sistnevnte type tiltak har preg av å være ”ad hoc”-undersøkelser. Når det gjelder saksbehandlingsreglene i § 9-2 vil det være et spørsmål om pliktene her gjelder alle kontrolltiltak, eller om ”ad hoc”-tiltak faller utenfor reglenes anvendelsesområde.

Ordlyden i § 9-2 skiller ikke mellom disse to kategoriene av kontrolltiltak. Heller ikke forarbeidene legger et slikt skille til grunn. Høringsuttalelsen til NHO poengterte imidlertid denne problemstillingen: ”Når det gjelder bestemmelsen om arbeidstakermedvirkning, legger NHO til grunn at forutsetningen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at det er tale om rutinemessige kontrolltiltak, og at drøftings- og informasjonsplikten ikke skal gjelde ved konkret mistanke om misligheter. NHO foreslår at det blir tatt inn et tillegg i bestemmelsen slik at dette klargjøres”.³⁷

Også KS kommenterte spørsmålet: ”Drøftelses- og informasjonsplikten bør ikke gjelde når kontrolltiltak er begrunnet i en konkret mistanke om misligheter.”³⁸ Departementet hadde dermed en oppfordring til å ta stilling til spørsmålet.

Vedrørende disse kommentarene i høringsrunden uttalte departementet følgende:

”Kravene om drøfting og informasjon knytter seg til de systemer for kontroll og overvåking som virksomheten iverksetter. Det er med andre ord ikke meningen at gjennomføring av den enkelte kontroll nødvendigvis skal utløse drøftings- og informasjonsplikt. For eksempel vil en konkret veskekontroll ikke medføre drøftingsplikt, men tiltaket som sådan

³⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 141

³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 141

forutsettes å ha vært drøftet tidligere, slik at kontrollen gjennomføres i henhold til de rutiner som måtte være fastsatt på bakgrunn av denne drøftelsen. Det er i høringsrunden reist forslag om at dette skal presiseres i lovteksten. I likhet med Arbeidslivslovutvalget, legger departementet til grunn at det vil være tilstrekkelig at dette klargjøres i forarbeidene.”³⁹

Departementet synes altså å ha misforstått problematikken med tiltak iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter. Dersom departementets forståelse skal legges til grunn, vil arbeidsgiver for eksempel ved konkret mistanke om at en arbeidstaker lekker sensitive opplysninger om virksomheten ikke kunne foreta innsyn i en arbeidstakers e-postadresse med mindre ordningen som sådan er drøftet og informert om. Dersom en bedrift ikke har egnede kontrolltiltak som er drøftet og informert om, må bedriften også ved konkret mistanke følge saksbehandlingsreglene dersom de vil iverksette et egnet tiltak.

Dommen avsagt av Borgarting lagmannsrett 26. mai 2008⁴⁰ legger til grunn at saksbehandlingsreglene ikke får anvendelse ved konkret mistanke om misligheter. Dommen er omtalt ovenfor i punkt 7.1.2. Arbeidsgiver hadde her mistanke om at arbeidstaker ikke hadde vært til stede på arbeid i arbeidstiden, og undersøkte derfor til hvilke tider arbeidstakers PC hadde vært logget på og av. Retten uttaler følgende om at tiltaket ikke var drøftet i henhold til § 9-2:

”A har også gjort gjeldende at det uansett var en feil at spørsmålet om gjennomgangen av tidsregistreringer i Windowsfiler på hennes PC ikke var drøftet i henhold til arbeidsmiljøloven § 9-2. Lagmannsretten viser til at bestemmelsen knytter seg til systemer for kontroll og derfor ikke kommer til anvendelse når det gjelder behandlingen av foreliggende materiale i et konkret tilfelle, jf Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 934.”⁴¹

³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 148

⁴⁰ LB-2007-121782

⁴¹ Dommens henvisning til forarbeidene er ikke korrekt, men det må antas at det her siktes til foran siterte uttalelse i Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 148.

Etter mitt syn må dette være riktig. Saksbehandlingsreglene synes kun å være tilpasset den første kategorien av kontrolltiltak, det vil si generelle tiltak i virksomheten som ikke er satt i verk på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter. Dersom arbeidsgiver plikter å drøfte og informere om kontrolltiltak iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke om misligheter, vil arbeidstakerne ha en oppfordring til å endre sitt handlingsmønster og tilpasse seg, slik at arbeidsgiver ikke kan oppnå sitt formål med å avdekke mislighetene han har mistanke om. Dette hensynet tilsier at slike ”ad hoc”-tiltak faller utenfor saksbehandlingsreglenes anvendelsesområde.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved den praktiske betydningen av om saksbehandlingsreglene kommer til anvendelse på tiltak iverksatt på bakgrunn av konkret mistanke eller ikke. Dersom et tiltak i en slik situasjon iverksettes uten at saksbehandlingsreglene er fulgt, må det legges til grunn at brudd på saksbehandlingsreglene vil tillegges svært liten eller ingen vekt ved vurderingen av tiltakets saklighet og forholdsmessighet etter aml § 9-1. Dette fordi arbeidsgivers behov for kontrolltiltaket som regel vil være særskilt tungtveiende dersom det er konkret mistanke om misligheter, og dermed føre til at tiltaket er saklig begrunnet og forholdsmessig.

Dommen inntatt i RG-2007-855 (Frostating lagmannsrett) legger til grunn en slik løsning ved at saksbehandlingsreglene fikk anvendelse, men brudd på drøftelses- og informasjonsplikten ble ikke tillagt avgjørende vekt ved vurderingen av kontrolltiltakets rettmessighet. Saksforholdet var her at arbeidsgiver iverksatte hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor hans bolig på grunnlag av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen. Om saksbehandlingsreglene uttaler retten følgende:

”Flertallet legger til grunn at de avtalte kontrolltiltak i medhold av arbeidsmiljøloven § 9-2 ikke var formålstjenlige for å få avdekket eller stanset eventuelle underslag fra A. Det vises til den fremlagte avtale av 22. januar 1990 (bilag 6 til stevningen) pkt 2 e) og f), som bare ga adgang til rene stikkprøvekontroller på bedriftens eget område. En nærmere kontroll av

A, basert på mistanken, måtte derfor nødvendigvis strekke seg ut over rammene for de avtalte kontrolltiltak. Flertallet finner derfor at bruddet på drøftelsesplikten etter ordensforskriften i arbeidsmiljøloven § 9-2 ikke bør tillegges avgjørende betydning i denne saken.”

Dette viser at saksbehandlingsreglenes anvendelsesområde ikke trenger å være av *avgjørende betydning* for tiltakets rettmessighet. Etter min mening taler imidlertid mye for at saksbehandlingsreglene ikke får *anvendelse* ved denne type tiltak, slik at den overnevnte dom feilaktig legger til grunn at § 9-2 får anvendelse i saken. En rettsstilstand hvor reglene får anvendelse, men ikke tillegges spesielt stor vekt i vurderingen av tiltakets rettmessighet etter aml § 9-1, skaper betydelige uklarheter og lite forutsigbarhet for arbeidsgiver. Mitt syn er at dette må tillegges avgjørende vekt ved spørsmålet om saksbehandlingsreglenes anvendelsesområde. Et mothensyn kan riktignok være at det dermed vil være ”fritt frem” å begrunne iverksatte kontrolltiltak med konkret og saklig begrunnet mistanke om misligheter. Etter mitt syn kan imidlertid ikke dette hensynet tillegges særlig vekt. Kravene i aml § 9-1 må fremdeles være oppfylt. Dersom det for eksempel er avtalt kontrolltiltak som er egnet til å avdekke mistanken, vil et ”ad hoc”-tiltak ikke være lovlig etter § 9-1 på grunn av at arbeidsgiver kan ivareta sitt formål med mindre inngripende tiltak. I tillegg vil krenkende tiltak fremdeles utgjøre en absolutt skranke for hvilke tiltak som kan iverksettes.

Det avgjørende for om saksbehandlingsreglene får anvendelse vil etter min mening derfor være om det foreligger en konkret mistanke om misligheter rettet mot en eller flere arbeidstakere.

Dermed blir det også et spørsmål hva som skal til for at det foreligger en *konkret* mistanke om misligheter. Dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Her kan det stilles spørsmål ved om det er et krav at mistanken retter seg mot *identifiserte* arbeidstakere, eller om det er tilstrekkelig at mistanken retter seg generelt mot arbeidstakerne. Ved en generell mistanke vil nettopp mistanken ikke være like *konkret* som i de tilfeller hvor den retter seg mot identifiserte arbeidstakere. Også ved generell mistanke taler imidlertid hensynet til at

arbeidstakerne ikke skal kunne tilpasse seg mot at aml § 9-2 får anvendelse. På den annen side vil kontrolltiltaket i slike i tilfeller som oftest også omfatte arbeidstakere som *ikke* har gjort noe galt. Disse vil ikke ha noen grunn til å tilpasse seg, og tiltaket kan føles inngripende for dem. Dette taler for at mistanke må være rettet mot en eller flere identifiserte arbeidstakere for at den skal være *konkret*.

Det er grunn til å påpeke at saksbehandlingsreglene vil gjelde ved andre enkeltstående og konkret begrunnede kontrolltiltak enn ved konkret mistanke om misligheter. Som eksempel kan nevnes dersom et norsk selskap er involvert i en rettssak i USA. Etter amerikanske prosessregler plikter partene å fremlegge all relevant informasjon for saken, herunder for eksempel e-post mellom ansatte. Dersom selskapet søker etter relevant e-post, vil dette være et konkret tiltak i den forstand at tiltaket er begrunnet i et konkret behov. Her vil § 9-2 komme til anvendelse. Hensynet til at de ansatte kan innrette seg mv, som må være avgjørende for at reglene ikke kommer til anvendelse ved konkret mistanke om misligheter, gjør seg ikke gjeldende i slike situasjoner.

7 Adgangen til å iverksette kontrolltiltak etter aml § 9-1

7.1 Kravet til saklighet

For at et kontrolltiltak skal kunne iverksettes, må tiltaket ha ”saklig grunn i virksomhetens forhold”, jf arbeidsmiljøloven § 9-1. Saklighetskravet er i stor grad en lovfesting av saklighetskravet som følger av Hovedavtalen Tilleggsavtale V punkt 1.

Etter sikker rett er arbeidsgivers styringsrett generelt begrenset av alminnelige saklighetsnormer. Dette uttrykkes blant annet i Rt-2001-418; saklighetskravet begrenser arbeidsgivers styringsrett ved at det stilles ”visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”. Saklighetskravet stiller altså visse krav til det faktiske grunnlaget

for og hensynene bak arbeidsgivers beslutninger. De ulike elementene i saklighetskravet setter altså fokus på arbeidsgivers behov for tiltaket, og drar kun i begrenset grad inn ulemper kontrolltiltaket vil medføre for arbeidstakerne. Eventuelle ulemper for arbeidstakerne kommer først inn med tyngde under forholdsmessighetsvurderingen. Saklighetskravet danner således grunnlaget for at det i det hele tatt skal kunne skje en forholdsmessighetsvurdering – arbeidsgiver må ha et rettmessig behov for å iverksette et kontrolltiltak. Det vil imidlertid være en glidende overgang mellom saklighets- og forholdsmessighetskravet når det gjelder kontrolltiltak.

Kontrolltiltak iverksatt med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett var altså begrenset av saklighetskravet også før vedtakelsen av § 9-1. Det må antas at saklighetskravet som generelt begrenser styringsretten har det samme innhold som saklighetskravet etter arbeidsmiljøloven § 9-1, jf nedenfor. Dette var også forarbeidenes intensjon.⁴²

Ordlyden i § 9-1 kan sies å oppstille et krav om saklighet på to ulike plan. For det første må arbeidsgiver ha et *saklig formål* med kontrolltiltaket. For det andre må arbeidsgivers *valg av kontrolltiltak være saklig*.

Forarbeidene synes å dele inn saklighetskravet i to andre hovedelementer, nemlig kravet til saklig formål bak kontrolltiltaket generelt og saklig formål når det gjelder den enkelte arbeidstaker, se bl.a. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.145. For meg fremstår imidlertid disse to elementene som ett – kravet etter loven er at det foreligger et saklig formål overfor den enkelte ”arbeidstaker”, ikke et saklig formål generelt sett. Vurderingen av om det foreligger et saklig formål generelt sett og overfor den enkelte arbeidstaker vil gli over i hverandre, mens vurderingen av *hvordan* arbeidstaker ønsker å kontrollere det aktuelle forhold vil utgjøre en mer selvstendig vurdering. Forarbeidene synes å innlemme det siste elementet i kravet til at tiltaket må være saklig ovenfor den enkelte arbeidstaker, ved å rubrisere det hele som et krav om ”tilstrekkelig” saklig grunn. Min tilnærming har imidlertid kun fremstillingsmessig og ikke materiell betydning.

⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

Begge disse elementene i saklighetskravet må dermed være oppfylt for at tiltaket skal være lovlig. Utover dette gir ikke loven selv noen anvisning på hva som ligger i saklighetskravet.

Kravet til saklighet (og også forholdsmessighet) må være *vedvarende* oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig at kravene er oppfylt idet beslutning om iverksettelse av kontrolltiltak tas.⁴³ Kontrolltiltaket kan altså være ulovlig dersom arbeidsgiver for eksempel ikke har behov for tiltaket på et tidspunkt etter iverksettelsen.

7.1.1 Saklig formål med kontrolltiltaket

Det første spørsmålet er dermed hva som kan utgjøre et saklig formål for et kontrolltiltak. Her angir aml § 9-1 at kontrolltiltaket må være saklig begrunnet i ”virksomhetens” forhold. Formålet må altså være relevant for virksomheten som sådan å kontrollere. Tiltak som ikke er forankret i virksomheten som sådan og virksomhetens behov, vil derfor ikke kunne iverksettes med hjemmel i § 9-1.⁴⁴ Hvorvidt et tiltak er forankret i virksomheten og dens behov eller ikke må avgjøres etter en konkret vurdering. Forarbeidene nevner at teknologiske, sosiale, organisatoriske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold kan utgjøre saklige grunner for kontrolltiltak, uten at disse forholdene er de eneste som kan være saklige.⁴⁵ Tiltak som er iverksatt med bakgrunn i alminnelige samfunnsinteresser vil imidlertid ikke være begrunnet i ”virksomhetens” forhold og derfor ikke ha hjemmel i bestemmelsen.⁴⁶ Et ønske fra daglig leder om å rusmiddelteste alle ansatte fordi rus generelt ikke er bra, vil dermed ikke være begrunnet i virksomhetens forhold. Dette vil være et hensyn som ”i prinsippet er virksomheten uvedkommende”.⁴⁷ Det samme vil gjelde dersom en bedrift for eksempel ikke ønsker at noen av de ansatte lever utenfor ekteskap, og dermed undersøker de ansattes sivilstatus. *Særlige samfunnshensyn*

⁴³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 148

⁴⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

⁴⁵ Denne opplistingen stammer fra Hovedavtalen Tilleggsavtale V punkt 1

⁴⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

⁴⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

som virksomheten har et medansvar for vil derimot kunne være begrunnet i ”virksomhetens” forhold.⁴⁸

Forarbeidene uttaler at saklighetskravet innebærer et krav om ”tilstrekkelig” saklig grunn.⁴⁹ I dette ligger blant annet at arbeidsgivers formål med kontrolltiltaket må være *saklig ovenfor hver enkelt arbeidstaker som omfattes av kontrolltiltaket*. Dette kan illustreres ved et relativt ferskt eksempel. Flere kommuner har de siste årene lagt ned forbud mot at de kommunalt ansatte røyker i arbeidstiden. Det er tvilsomt om et slikt pålegg i seg selv er lovlig, men dette blir et spørsmål om rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett, og ikke et spørsmål om iverksettelse av kontrolltiltak. Dersom kommunene velger å håndheve dette ved å systematisk kontrollere om de ansatte overholder forbudet, ville dette imidlertid være et kontrolltiltak. Spørsmålet er så om dette tiltaket vil være saklig overfor alle ansatte. Dette kan være saklig begrunnet overfor en ansatt som ikke uten videre kan ta pauser, for eksempel en sentralbordansatt. Ovenfor de parkansatte som er i friluft hele dagen, er dette imidlertid svært tvilsomt.

Ved vurderingen av om tiltaket er saklig begrunnet overfor den enkelte ansatte vil således *arten av arbeidsgivers virksomhet* danne et naturlig utgangspunkt for hvilke tiltak arbeidsgiver har saklig grunn til å iverksette, sett i sammenheng med *den enkelte arbeidstakerens stilling og arbeidsoppgaver*. Et eksempel på dette er de naturlige utgangspunkter for saklighetsvurderingen finner vi i en dom fra den svenske Arbetsrätten inntatt i AD 2001 nr. 3. En stiftelse som blant annet arbeidet med å motvirke bruk av narkotika blant ungdom, krevde at en ansatt avga urinprøve for å kontrollere at han ikke selv brukte narkotika. Tiltaket ble funnet saklig begrunnet ovenfor arbeidstakeren, idet han arbeidet nettopp med å motvirke stoffmisbruk blant ungdom. Arten av arbeidsgivers virksomhet og arbeidsgivers stilling og arbeidsoppgaver var dermed svært relevant i saklighetsvurderingen. I denne konkrete saken er det ikke sikkert resultatet ville blitt det

⁴⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144

⁴⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144-145

samme etter norsk rett, da aml § 9-4 særskilt regulerer medisinske undersøkelser. Dommen illustrer imidlertid hva som er utgangspunktene for saklighetsvurderingen.

I kravet til saklighet ligger det videre at tiltaket faktisk må være begrunnet i det aktuelle forholdet.⁵⁰ At et tiltak kan begrunnes på en saklig måte hjelper altså ikke dersom tiltaket faktisk ikke er begrunnet i dette forholdet. Dersom arbeidsgiver for eksempel har saklig grunn til å rusmiddelteste en ansatt gjennom en urinprøve, hjelper ikke dette dersom det reelle formålet med urinprøven er å avdekke eventuelle sykdommer hos den ansatte.

I mange tilfeller kan arbeidsgiver ha interesse av å kontrollere at arbeidstakerne oppfyller krav eller reguleringer inntatt i for eksempel arbeidsavtalen, interne instruks, arbeidsreglement, personalhåndbok mv. Eksempelvis kan dette knytte seg til arbeidstakerens bruk av arbeidsgivers it-utstyr, forbud mot visse aktiviteter i arbeidstiden (eksempelvis røyking), pauser og lunsjtid mv. Det må antas at arbeidsgiver ikke vil ha saklig grunn til å kontrollere et forhold kun ved å henvise til at arbeidstaker i utgangspunktet er forpliktet til å etterleve slike klart oppstilte krav. Kravet arbeidsgiver har stilt til arbeidstaker må da ”i seg selv”⁵¹ være saklig begrunnet i virksomhetens forhold for at det skal kunne kontrolleres om kravet overholdes. Arbeidsgiver vil dermed ikke nødvendigvis ha saklig grunn for å kontrollere om en arbeidstaker røyker i arbeidstiden selv om det er oppstilt et forbud mot røyking i arbeidstiden i arbeidsavtalen, se eksempelet ovenfor om forbud mot røyking i arbeidstiden i flere kommuner. En annen sak er at det kan få betydning i *vurderingen* av om det er et saklig formål bak kontrolltiltaket at forholdet er inntatt som krav i arbeidsavtalen mv.⁵² Poenget er imidlertid at dersom et forbud mv er inntatt i for eksempel arbeidsavtalen er saklig, er ikke nødvendigvis kontrollen av om dette

⁵⁰ Underutvalgets rapport s.28

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314

⁵² Jf betydningen av dette også i vurderingen av om en oppsigelse er saklig. Se blant annet Rt-2001-1589 hvor retten la vekt på at arbeidstakers opptreden innebar et brudd på instruks. At et krav er inntatt i en instruks eller liknende vil være et moment for at vedkommende krav er viktig for arbeidsgiver, altså et formål arbeidsgiver har saklig grunn for å kontrollere.

forbudet *overholdes* saklig begrunnet. Dersom et forbud mv ikke er saklig, vil imidlertid heller ikke kontroll av om dette forbudet etterleves være saklig.

Når det gjelder *hvilke formål* som kan utgjøre saklig grunn for kontrolltiltaket, kan det trekkes en viss parallell til saklighetskravet ved oppsigelse. De forhold en arbeidsgiver har saklig grunn til å si opp en arbeidstaker for må antas å i de fleste tilfeller utgjøre et saklig formål bak et kontrolltiltak, idet slike forhold typisk vil være begrunnet i "virksomhetens" forhold. Underslag vil for eksempel i de fleste tilfeller utgjøre saklig grunn for oppsigelse. På samme måte vil kontrolltiltak iverksatt for å avdekke eventuelle underslag som regel være saklig begrunnet. Selv om et forhold ikke saklig kan begrunne oppsigelse, kan imidlertid arbeidsgiver ha et saklig behov for å kontrollere forholdet. Dette kan for eksempel gjelde kontroll av at de ansatte ikke sender privat e-post fra arbeidsgivers e-postadresser, kontroll av arbeidstakernes effektivitet i arbeidstiden med mer. Noe annet er at slike tiltak ikke nødvendigvis er rettmessige, for eksempel på grunn av forholdsmessighetskravet.

Kravet til at arbeidsgiver må ha saklig grunn for å kontrollere det forhold han ønsker å kontrollere gjennom kontrolltiltaket er en kodifisering av gjeldende rett. Spørsmålet kom ikke på spissen gjennom rettspraksis før vedtakelsen av § 9-1, men kravet kommer blant annet til uttrykk i flere dommer fra Arbeidsretten. I ARD-1937-114 fant Arbeidsretten at arbeidstakerne ikke kunne motsette seg en kontrollordning på en restaurant, under henvisning til at det utgjorde "et naturlig behov for bedriften å kunne føre effektiv kontroll med, at dens kunders betaling svarer til de bestillinger, som er gjort". I ARD-1978-110 er det uttrykkelig angitt at et av vilkårene for at arbeidsgiver lovlig kan iverksette kontrolltiltak er at "det saklig sett er behov for vedkommende kontrolltiltak". Dette må anses som uttrykk for at arbeidsgiver må ha et saklig formål for kontrolltiltaket.

7.1.2 Valget av kontrolltiltak må være saklig

Et annet spørsmål er hva som skal til for at arbeidsgivers valg av kontrolltiltak skal være saklig.

Også her gir ordlyden i § 9-1 veiledning ved at tiltaket må ha saklig grunn i ”virksomhetens forhold”. Dersom et tiltak ikke er egnet eller nødvendig for å kontrollere et aktuelt forhold, vil det heller ikke være saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Et kontrolltiltak må for det første være *egnet* til å kontrollere et aktuelt forhold.⁵³ Dersom arbeidsgiver ønsker å kontrollere hvor mye hver enkelt ansatt produserer i løpet av en dag, må det aktuelle tiltaket også være egnet til å avdekke dette for at tiltaket skal være saklig. Kravet til egnethet medfører også at resultatene må være av en viss nøyaktighet.⁵⁴

En dom fra Borgarting lagmannsrett avsagt 26. mai 2008⁵⁵ er egnet til å illustrere egnethetskravet.

Hovedspørsmålet i dommen var om arbeidstaker var blitt utsatt for mobbing og trakassering fra arbeidsgiver, og om hun dermed hadde krav på erstatning fra arbeidsgiver. Arbeidsgiver ble ikke idømt erstatningsansvar for dette. I denne forbindelse oppstår spørsmålet om lovligheten av arbeidsgivers undersøkelse av datalogger på arbeidstakers PC på arbeidsplassen med det formål å avklare hennes tilstedeværelse på jobben. Retten kommer til at tiltaket er lovlig etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd. Retten uttaler følgende om saklighetsvurderingen:

”A utførte det alt vesentlige av sine arbeidsoppgaver ved bruk av datamaskin. Gjennomgang av datalogger med sikte på å avklare tidspunkt for av- og pålogging vil etter omstendighetene kunne gi opplysninger av verdi for å avklare tilstedeværelse på arbeidsplassen. *Dette forutsetter at loginformasjonen blir sammenholdt med andre opplysninger.* Kravet om tilstrekkelig saklig grunn anses etter dette oppfylt.” (min utheving).

⁵³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145 og Rt-1986-1250

⁵⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

⁵⁵ LB-2007-121782

Etter min mening har retten her ikke vurdert kravet til egnethet på korrekt måte. Det fremgår ikke av dommen at arbeidsgiver faktisk sammenholdt logginformasjonen med andre opplysninger. Arbeidsgiver gjorde ingen andre undersøkelser med sikte på å klarlegge når arbeidstaker hadde vært tilstede på jobb. Etter min mening legger derfor retten her en forutsetning til grunn som ikke slo til. Egnethetskravet er slik jeg ser det dermed ikke oppfylt i denne saken.

Tiltakets egnethet tas imidlertid opp i relasjon til spørsmålet om arbeidsgivers *bruk* av opplysningene (her å dokumentere sin sak) var i strid med personopplysningsloven § 8 litra f. Retten legger her vekt på at tidsregistreringene på arbeidstakers PC alene ikke var *egnet* til å trekke konklusjoner om når A hadde vært på jobb. Ikke alle hennes arbeidsoppgaver var knyttet til bruk av PC, og det var i tillegg betydelige svakheter ved den metoden som ble benyttet for å sjekke tidsregistreringene på PCen. Arbeidsgiver hadde ikke tatt høyde for disse begrensningene da materialet fra rapporten ble brukt som grunnlag for å underbygge påstandene om omfanget av uberettiget fravær. Behandlingen av logginformasjonen ble derfor ansett å ha skjedd i strid med vilkårene i personopplysningsloven § 8. Denne vurderingen viser at selv om *innhenting* av opplysningene oppfyller vilkårene i aml § 9-1 og pol § 8 litra f, så innebærer ikke det at arbeidsgiver uten videre kan *bruke* opplysningene med hjemmel i personopplysningsloven. Rettens vurdering underbygger imidlertid etter min mening også at kontrolltiltaket heller ikke er saklig etter aml § 9-1 idet det alene ikke er *egnet* til å kontrollere om arbeidstaker har vært til stede i arbeidstiden.

Dommen belyser en viktig side ved kravet til egnethet. Dersom et kontrolltiltak i seg selv ikke er egnet for å kontrollere det aktuelle forhold, men den samlede undersøkelsen arbeidsgiver gjør er egnet, må det antas at egnethetskravet ikke vil stå i veien for at tiltaket er saklig. En annen løsning ville begrenset arbeidsgivers handlingsmuligheter betraktelig. Arbeidsgiver må for eksempel iverksette flere kontrolltiltak for å undersøke om arbeidstakernes sikkerhet på arbeidsplassen er tilstrekkelig. Ett tiltak som alene ikke er

egnet til å si noe om situasjonen, kan således sammen med de andre opplysninger arbeidsgiver har være svært egnet for å få full oversikt over situasjonen.

Tiltaket må også være *nødvendig* for å gjennomføre formålet.⁵⁶ Dette innebærer at dersom arbeidsgiver kan gjennomføre en mindre ”belastende” kontroll av arbeidstakerne for å avdekke de samme forhold, vil kontroll som går lengre enn dette ikke være saklig begrunnet.⁵⁷ Med ”belastende” siktes det her til inngrep i arbeidstakernes personlige integritet, idet forarbeidene viser til at momentet vil ha særlig vekt ved tiltak som innebærer inngrep i arbeidstakernes private forhold.⁵⁸

Kjennelsen inntatt i RG-2004-347 (Borgarting lagmannsrett) er egnet til å illustrere at kontrolltiltaket må være nødvendig for å være saklig. Spørsmålet var her om filer innhentet fra en bærbar pc som arbeidsgiver hadde stillet til arbeidstakers disposisjon for arbeidet skulle avskjæres som bevis i en arbeidsrettssak. Retten kom til at innhenting av filene var i strid med personopplysningsloven § 8 litra f og filene kunne derfor ikke føres som bevis. I vurderingen la retten vekt på at arbeidsgiver kunne ha pålagt alle å fjerne slike private abonnement og private filer som det her dreide seg om dersom man mente at det ble brukt private abonnement i strid med avtale eller i strid med arbeidsgivers interesse. Retten uttaler at dette ”ville ha vært et langt mindre integritetskrenkende inngrep enn å gå inn i de filer som var klart angitt som private - og det ville ha vært et inngrep tilstrekkelig for formålet”. Uttalelsene relaterer seg til forholdsmessighetsvurderingen i pol § 8 litra f, men vurderingen må antas å være den samme etter aml § 9-1. Dommen viser at dersom arbeidsgiver kan ivareta det formålet som begrunner kontrolltiltaket på en måte som er mindre inngripende for arbeidstaker, så vil kontrolltiltaket ikke være saklig begrunnet.

⁵⁶ Rt-1986-1250

⁵⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

⁵⁸ Se om dette også i punkt 7.2.2 om hvilke ulemper for arbeidstakerne som inngår i forholdsmessighetsvurderingen.

Arbeidsgiver kan ikke praktisere kontrolltiltaket vilkårlig, i den mening at han ikke ”uten reell begrunnelse setter enkelte arbeidstakergrupper i en særstilling”.⁵⁹ Poenget er altså at arbeidsgiver må ha en reell og saklig begrunnelse dersom han iverksetter et kontrolltiltak overfor enkelte arbeidstakere, men ikke andre. Dette har en side mot arbeidsgivers behov for å iverksette tiltaket – dersom arbeidsgiver har et saklig behov overfor ti arbeidstakere, kan ikke arbeidsgiver iverksette tiltak ovenfor kun fem av disse uten at utvelgelsen av disse fem er saklig begrunnet. Her må imidlertid vilkårlighet avgrenses mot for eksempel stikkprøvekontroller av arbeidstid, veskekontroller mm. Det kan ikke være et krav at alle ansatte blir kontrollert, det sentrale er at kontrollen ikke er *vilka*rlig rettet mot enkelte ansatte, altså *uten* reell og saklig begrunnelse. Den praktiske gjennomføringen som sådan trenger ikke å inkludere samtlige ansatte. Ved veskekontroller i en butikk kan det for eksempel reises spørsmål ved tiltakets rettmessighet dersom det kun er de som stenger butikken som kan bli utsatt for kontroll, og ikke de som arbeider dagskift. Dette gjelder dersom kvelds- og dagskift ikke går på rullering, hvilket innebærer at de som jobber på dagtid aldri risikerer å bli utsatt for kontroll.

Også kravet til saklighet ved arbeidsgivers utøvelse av kontrollen må sies å innebære en kodifisering av gjeldende rett, i tråd med forarbeidenes intensjoner. Allerede i ARD-1959-1 uttalte Arbeidsretten at bedriften ikke kan ”gi pålegg som går utover det som er formålet, eller som er åpenbart uegnet til å fremme formålet”. I ARD-1978-110 uttrykkes at det saklig sett må være ”behov” for vedkommende kontrolltiltak, hvilket fanger opp også dette elementet av saklighetskravet. Et tiltak som går lengre enn nødvendig eller som ikke er egnet til å avdekke det forhold arbeidsgiver ønsker å kontrollere, vil det heller ikke være ”behov” for.

I forarbeidene er det vist til at brudd på saksbehandlingsreglene oppstilt i arbeidsmiljøloven § 9-2 kan få betydning ved vurderingen av tiltakets saklighet, se nærmere om saksbehandlingsreglene og vekten av eventuelle brudd nedenfor i punkt 8.

⁵⁹ ARD-1978-110

7.2 Kravet til forholdsmessighet

7.2.1 Innledning

For at arbeidsgiver skal kunne iverksette et kontrolltiltak, må tiltaket videre ikke innebære ”en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”, jf aml § 9-1. Inngrepet i arbeidstakerens integritet må dermed stå i rimelig forhold til den interesse arbeidsgiver har i å iverksette kontrolltiltaket.

Hensynene bak det ulovfestede personvernet i norsk rett gjør at det må skje en vurdering av om tiltaket innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker i forhold til arbeidsgivers behov for tiltaket. De ulovfestede regler om personvern og hensynet til vern om arbeidstakers personlige integritet medfører dermed materielle begrensninger i arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak.⁶⁰

Hovedavtalen inneholder ingen bestemmelser om at tiltaket må være forholdsmessig. Kravet til saklighet fanget imidlertid opp i alle fall deler av forholdsmessighetskravet, og kravet til forholdsmessighet fulgte også av ulovfestet rett før vedtakelsen av § 9-1.

7.2.2 Begrepet ”belastning”

Et kontrolltiltak kan ikke innebære en uforholdsmessig ”belastning” for arbeidstakeren. For å kunne vurdere om tiltaket er uforholdsmessig eller ikke, må det undersøkes hvilke belastninger det skal legges vekt på i forholdsmessighetsvurderingen. Skal alle ulemper som av en arbeidstaker kan oppfattes som en belastning tas i betraktning? I tillegg til at tiltaket kan innebære et inngrep i arbeidstakers integritet, kan dette være for eksempel at arbeidstaker bruker lengre tid på jobb på grunn av tiltaket, hun får mindre fakturerbar tid enn ellers, hun må lære seg et nytt datasystem eller andre forhold som kan karakteriseres

⁶⁰ Jakhelln (1996) s. 160

som ulemper. Et tiltak vil lettere være uforholdsmessig dersom andre belastninger for arbeidstaker enn inngrepet i arbeidstakers integritet skal tas med i vurderingen.

I utgangspunktet kan ordlyden i § 9-1 isolert sett tale for at alle slike belastninger skal tas i betraktning. Forarbeidene tyder derimot på at det kun er inngrepet i arbeidstakers integritet som skal tas i betraktning, ved å vise til forholdsmessighetsvurderingen som ”en avveining mellom arbeidegivers interesse i kontrolltiltaket og arbeidstakerens personvern”.⁶¹

Som nevnt er § 9-1 en begrensning i arbeidsgivers kompetanse, og ikke en selvstendig hjemmel for kontrolltiltak. Dersom et tiltak medfører belastninger utover at tiltaket gjør et inngrep i arbeidstakers personlige integritet, vil slike andre ulemper være vurderingstema for om arbeidsgiver i det hele tatt har *hjemmel* til å iverksette tiltaket, altså om arbeidsgiver har hjemmel i styringsretten eller om et samtykke er tilstrekkelig og gyldig.⁶² Dette kan eksempelvis være dersom tiltaket griper inn i arbeidstakernes fritid. Bestemmelsens karakter tilsier dermed at ikke alle ulemper skal tas i betraktning.

Det kan imidlertid være tilfelle at arbeidsgiver på tross av ulemper for arbeidstakerne har hjemmel for iverksettelse av et kontrolltiltak. Da oppstår likevel spørsmålet om ulempene skal komme inn i forholdsmessighetsvurderingen.

Som nevnt er andre ulemper enn inngrep i arbeidstakers integritet ulemper som generelt kan ramme arbeidstakere ved arbeidsgiverbeslutninger. Slike ulemper er derfor ikke spesielt for kontrolltiltak, og hensynet til arbeidstaker er altså allerede ivaretatt gjennom at arbeidsgiver må ha hjemmel for tiltaket. Det er således hensynet til arbeidstakers personvern og personlige integritet som har medført et krav om forholdsmessighet.⁶³ Det som er spesielt for kontrolltiltak som arbeidsgiverbeslutning er nettopp

⁶¹ Underutvalgets rapport s. 28

⁶² Se bl.a. ARD-1937-114, ARD-1968-44 og ARD-1978-110

⁶³ Underutvalgets rapport s. 28 og 104

personvern hensynene. Dette taler for at det kun er inngrepet i arbeidstakers personvern og integritet som skal vurderes under hvilke ”belastninger” som vil være uforholdsmessige.

Etter dette er det kun ulemper i form av inngrep i arbeidstakers integritet som skal tas i betraktning i vurderingen av om tiltaket innebærer en uforholdsmessig ”belastning” for arbeidstakeren.

7.2.3 Krenkende tiltak som en skranke for adgangen til kontroll

Forarbeidene sier noe om hvilke tiltak som *alltid* vil være urettmessige – det er ”et absolutt krav at tiltaket ikke virker krenkende”.⁶⁴ Krenkende tiltak vil altså utgjøre en absolutt skranke for adgangen til kontroll, uavhengig av hvor viktig arbeidsgivers formål med og behov for kontrolltiltaket er. Er tiltaket krenkende, trenger man derfor ikke gå veien om en forholdsmessighetsvurdering.⁶⁵ Forarbeidene synes dermed å forutsette at det er et selvstendig vilkår, som ikke fremgår av loven, at kontrolltiltaket ikke er krenkende. Dersom et tiltak er krenkende, vil arbeidsgiver derfor måtte ha hjemmel i lov for å kunne iverksette tiltaket.

Spørsmålet er imidlertid hva som er forskjellen mellom å karakterisere et kontrolltiltak som et *krenkende* tiltak og et *uforholdsmessig* tiltak. Forarbeidene gir ikke her noen nærmere veiledning, annet enn at § 9-1 er ment å kodifisere gjeldende rett.⁶⁶ Det er dermed relevant å se på rettspraksis før vedtakelsen av § 9-1.

Spørsmålet for kjennelsen inntatt i Rt-2001-668 var om videoopptak av en arbeidstaker skulle avskjæres som bevis i en avskjedssak. De ansatte var klar over at det var

⁶⁴ Underutvalgets rapport s. 104

⁶⁵ Nå som forholdsmessighetskravet er lovfestet, kan det hende domstolene fremover forankrer sin vurdering i aml § 9-1 og kommer til at et kontrolltiltak er uforholdsmessig dersom det er krenkende. Om vurderingen forankres i § 9-1 eller i krenkende tiltak som en ulovfestet hjemmelsbegrensning har imidlertid ingen materiellrettslig betydning.

⁶⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314

videoovervåkning i butikken. Arbeidsgiver hadde imidlertid satt opp et videokamera spesielt for å avdekke om ansatte underslo penger fra bedriftens kasse. Høyesterett slår fast at ”særskilt, hemmeleg og føremålsretta overvåkning representerer *eit vidtgående integritetsinngrep* i høve til dei tilsette” (min utheving), og konstaterer at overvåkningen dermed var ulovlig.⁶⁷ Dette altså på tross av at den øvrige videoovervåkningen i bedriften ville kunne fange opp de ansatte.

Kjennelsen inntatt i Rt-1991-616 dreide seg om en arbeidsgiver som etter å ha fått mistanke om underslag mot en arbeidstaker, koblet til en videoopptaker på allerede oppmonterte kamera. De ansatte var kun klar over at videokamera og monitor var montert med det formålet at arbeidstakerne kunne overvåke forretningslokalet fra spiserommet. Innledningsvis påpeker førstvoterende at den hemmelige overvåkningen etter hans mening representerer ”et *vidtgående integritetsinngrep* i forhold til de ansatte” (min utheving). Deretter påpeker han at grunnen til at han nevner dette, er at saken ”har perspektiver ut over en tolkning av enkeltstående lovbestemmelser”. Og videre: ”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører *et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel*.” (min utheving) Høyesterett la i dommen vekt på at videoopptaket var foretatt uten at arbeidstakerne verken var klar over at de ble overvåket eller at det ble gjort opptak.

I begge disse dommene dreide det seg om skjult videoovervåkning som de ansatte ikke var klar over at de ble utsatt for. Overvåkningen i den første saken var satt i verk på bakgrunn av konkret mistanke om underslag, mens dette ikke synes å være tilfelle i den andre kjennelsen. Det må imidlertid legges til grunn at arbeidsgiver i begge sakene hadde et legitimt formål med tiltaket. Ingen av disse avgjørelsene fra Høyesterett drøfter imidlertid arbeidsgivers behov for overvåkningen. Det tas kun utgangspunkt i selve tiltaket, og at

⁶⁷ Dette fremgår indirekte: ”Sjølvsagt om innhentinga av bevis som utgangspunkt ikke var lovleg...”, Rt-2001-668 på s. 671.

dette i seg selv er ulovlig. Ingen av dommene inneholder en forholdsmessighetsvurdering, eller vurdering av om arbeidsgiver faktisk hadde hjemmel til slik overvåkning. Høyesterett slår kun fast at fremgangsmåten er et inngrep i den personlige integritet av en slik grad er urettmessig. Høyesterett synes dermed å ha oppstilt en absolutt skranke for hvilke kontrolltiltak som er lovlige – dersom tiltaket innebærer et ”vidtgående integritetsinngrep” spiller det ingen rolle hvor stor arbeidsgivers interesse i tiltaket er, kontrolltiltaket er da ulovlig. Det må legges til grunn at forarbeidenes henvisning til at krenkende tiltak utgjør en *absolutt grense* for hvilke tiltak som kan iverksettes, sammenfaller med det Høyesterett her karakteriserer som vidtgående integritetsinngrep. Disse dommene viser at det er et selvstendig vilkår for iverksettelse av kontrolltiltak som ikke fremgår av loven at tiltaket ikke er krenkende.

Det vil være en glidende overgang mellom vurderingen av om kontrolltiltaket er krenkende og en forholdsmessighetsvurdering. Dette fordi det nettopp er personvern hensyn som gjør at den absolutte grensen går ved krenkende tiltak, og det er de samme personvern hensyn som utløser forholdsmessighetsvurderingen. Avgjørelsen inntatt i RG-2002-162 er egnet til å illustrere poenget. Spørsmålet var også her om et videobevis skulle tillates ført i en arbeidsrettssak. Lagmannsretten foretar i denne dommen en forholdsmessighetsvurdering – det er ikke bare selve inngrepet i personvernet som vurderes.

Spørsmålet i RG-2002-162 var altså om videobevis skulle tillates ført i en arbeidsrettssak. En musikkforetning hadde på grunn av mistanke om underslag blant de ansatte satt opp et videoovervåkningskamera. Lagmannsretten kom til at bevisene skulle tillates ført. I forbindelse med dette ble det vurdert om det var gjort et inngrep i arbeidstakernes ulovfestede personvern. Her la retten vekt på arbeidsgivers formål med videoovervåkingen, som var å avdekke mistanke om underslag blant de ansatte. Videoovervåkingen var målrettet og avgrenset i tid og rom, og det var allerede kjent og akseptert relativt omfattende videoovervåking av lokalet. Arbeidsgivers interesse i overvåkingen oversteg dermed hensynet til arbeidstakernes personvern.

I motsetning til de to Høyesterettssakene, finner ikke retten her at inngrepet er krenkende. Grunnen til dette er at faktum også skiller seg fra Høyesterettssakene ved at ”det her var kjent og akseptert relativt omfattende videoovervåking av lokalet, slik at inngrepet i

personvernet i form av supplerende hemmelige opptak i utgangspunktet blir nok mindre alvorlig enn det ellers ville ha vært”. Når tiltaket i seg selv ikke er et vidtgående integritetsinngrep slik som i Høyesterettssakene, må retten nettopp foreta en forholdsmessighetsvurdering, hvor arbeidsgivers behov skal tas med.

Det er vanskelig å si noe generelt om når et tiltak må regnes som krenkende. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Dett sentrale moment som imidlertid kan utledes av de to nevnte kjennelsene i Høyesterett er om det dreier seg om et tiltak av *inngripende art*, slik som videoovervåkning eller rusmiddeltesting, herunder om kontrollen er *hemmelig*.⁶⁸

Heretter oppstår også spørsmålet om det skal skje en subjektiv eller en objektiv vurdering av om et tiltak er krenkende. Selve betegnelsen ”krenkende” har i utgangspunktet et subjektivt preg. En subjektiv vurdering vil imidlertid være problematisk for domstolene å foreta. Kjennelsene inntatt i Rt-2001-668 og Rt-1991-616 gir ikke holdepunkter for at det skal kunne skje en subjektiv vurdering. Retten ser kun på *arten av det aktuelle inngrepet*, og går ikke inn og vurder hvordan inngrepet føltes eller var for den enkelte ansatte. Momentene for vurderingen av om et tiltak er krenkende som rettspraksis gir anvisning på, er altså inngrepets art og herunder om kontrollen er hemmelig, er av objektiv og ikke subjektiv karakter. Det må dermed legges til grunn at det skal skje en objektiv vurdering av om tiltaket er krenkende.

7.2.4 Relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen

Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen er arbeidsgivers behov for å iverksette kontrolltiltaket. Behovet skal avveies mot inngrepet i arbeidstakers personvern som tiltaket medfører eller kan medføre. Forholdsmessighetskravet er dermed for det første et krav til ”forholdsmessighet mellom de interesser arbeidsgiver søker å ivareta gjennom kontrolltiltaket og den krenkelse tiltaket utgjør for arbeidstaker”.⁶⁹ For det andre medfører

⁶⁸ Se også RG-2000-664 og RG-1993-77

⁶⁹ Jakhelln (2005) s. 333

forholdsmessighetskravet ”en begrensning i forhold til omfanget, utformingen og praktiseringen av det konkrete kontrolltiltaket”.⁷⁰

Det er dette siste elementet i forholdsmessighetskravet som gjør at overgangen mellom en saklighets- og en forholdsmessighetsvurdering er glidende. Mens saklighetskravet i utgangspunktet synes å stille krav til beslutningsgrunnlaget og begrunnelsen for en avgjørelse, synes imidlertid et krav om forholdsmessighet først og fremst å stille visse krav til *resultatet* av et kontrolltiltak. Vilåårene glir til en viss grad over i hverandre ved at momentene under saklighetskravet også vil ”våre relevante i vurderingen av om et i og for seg saklig begrunnet kontrolltiltak medfårer uforholdsmessig ulempe for arbeidstakerne”.⁷¹

Forholdsmessighetskravet legger imidlertid opp til andre vurderinger enn saklighetskravet ved at det har sin rot i hensynet til arbeidstakernes personvern spesielt. Enkelte elementer av forholdsmessighetskravet og hensynet til personvernet kan fanges opp av saklighetskravet, men ikke alt. Forholdsmessighetskravet representerer dermed noe mer enn salighetskravet.

For det første må det våre forholdsmessighet mellom arbeidsgivers behov for tiltaket og inngrepet i arbeidstakers personvern. Jeg vil her se nærmere på de momenter som er relevante i forholdsmessighetsvurderingen. Selve interesseavveiningen vil naturlig nok bli konkret, men momentene og dommene det er vist til vil gi et visst innblikk i de avveininger som må foretas.

For det første vil tiltakets formål, altså *hvor tungtveiende er bedriftens behov er*, våre relevant.⁷² Det er dette behovet som skal vurderes opp mot inngrepet i arbeidstakers personvern.

⁷⁰ Jakhelln (2005) s. 333

⁷¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

⁷² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

Dommen inntatt i RG-2007-855 illustrerer at det kan få avgjørende betydning for vurderingen dersom arbeidsgivers behov er tungtveiende. Arbeidsgiver hadde her iverksatt hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor hans hjem på bakgrunn av mistanke om underslag av varer fra arbeidsplassen. Retten legger til grunn at det er skjedd et inngrep i arbeidstakerens integritet. Inngrepet ble imidlertid ikke funnet å være uforholdsmessig i forhold til arbeidsgivers behov for tiltaket. Retten vektla at det forelå et konkret tips om at arbeidstakeren urettmessig tilegnet seg varer fra arbeidsgiveren, og at dette eventuelt dreide seg om en svært alvorlig handling. Kontrollen i arbeidstakers hjem ble videre ansett som særlig velegnet for å avdekke akkurat denne misligheten – andre tiltak ville ikke vært like egnet til å avdekke forholdet. Selv om det i utgangspunktet dreier seg om et meget inngripende tiltak, veide altså arbeidsgivers behov her tyngre.

Dommen fra den svenske Arbetsrätten inntatt i AD 2001 nr. 3, omtalt i punkt 7.1.1, viser også at arbeidsgivers sterke interesse i tiltaket kan veie opp for selv et svært inngripende kontrolltiltak. Retten legger til grunn at det er umulig for arbeidsgiver å ha en arbeidstaker som arbeider med å motvirke bruk av narkotika som selv bruker narkotika. Virksomheten hadde derfor en meget sterk interesse av å utføre rusmiddeltesting av de ansatte. Selv om rusmiddeltesting her utgjorde et alvorlig inngrep i arbeidstakerens integritet, fant retten at arbeidsgivers interesse i testingen var så sterk at den veide tyngre enn arbeidstakerens behov for beskyttelse av sin personlige integritet. Som nevnt er det ikke sikkert resultatet ville blitt det samme etter norsk rett, da aml § 9-4 særskilt regulerer medisinske undersøkelser. Dommen illustrer imidlertid at selv om et kontrolltiltak er svært inngripende, kan arbeidsgivers interesse i tiltaket overstige dette hensynet.

Videre vil *kontrollens omfang* være av betydning, altså om det dreier seg om enkeltstående kontroll, vedvarende kontroll, hyppighet og hvordan den praktisk skal gjennomføres. Dette kan si noe om hvor inngripende kontrollen er for arbeidstaker. I RG-2002-162 ble det for eksempel vektlagt at den aktuelle videoovervåkningen var målrettet og avgrenset i tid og rom. Dermed var ikke kontrolltiltaket like inngripende for arbeidstaker, og dette talte for at tiltaket var rettmessig.

Et sentralt moment er *hvor inngripende* tiltaket er i arbeidstakers personlige integritet. Jo mer inngripende et tiltak er, jo mer tungtveiende må det antas at arbeidsgivers behov for tiltaket må være. Dersom et kontrolltiltak medfører at arbeidsgiver får innsyn i private forhold, vil for eksempel dette være mer inngripende enn om arbeidsgiver kun få innsyn i arbeidsrelaterte forhold. I forarbeidene er det lagt til grunn at kravet til forholdsmessighet bare unntaksvis til være oppfylt dersom tiltaket medfører et ”ikke ubetydelig inngrep” i rettsgoder som personlig integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende.⁷³ Motsatt er det uttalt at det skal mye til for at ”mer tradisjonelle kontrolltiltak” som for eksempel tidsregistrering, adgangskontroll, produksjons- og resultatkontroll, kontroll i forbindelse med konkret mistanke om straffbare og andre misligheter i arbeidsforholdet osv., vil bli ansett som uforholdsmessige.⁷⁴ Dette rett og slett fordi slike tiltak typisk vil være lite inngripende overfor arbeidstaker, slik at arbeidsgivers behov for tiltaket i slike tilfeller vil veie tyngre enn inngrepet. Når det gjelder konkret mistanke om misligheter må forarbeidenes uttalelse forstås slik at arbeidsgivers behov for tiltaket da ofte vil være særlig tungtveiende, slik at selv noe inngripende tiltak må regnes som forholdsmessige.

Dommen inntatt i RG-2007-56 (Borgarting lagmannsrett) er egnet til å illustrere betydningen av hvor inngripende tiltaket er. Spørsmålet i saken var om kontrollrapporter fra et vekterselskap skulle avskjæres som bevis i en oppsigelsessak. Et busselskap hadde iverksatt kontroll ovenfor en arbeidstaker ansatt som mekaniker, men som for tiden var sykemeldt. Tiltakene ble iverksatt på bakgrunn av mistanke om at mekanikeren utførte oppdrag fra sitt hjem i sykemeldingstiden, og dermed ikke egentlig var syk. Ved vurderingen av tiltakets forholdsmessighet la retten vekt på at det her dreide seg om et *inngrep i private forhold*. Kontrolløren fikk tilgang til arbeidstakerens private hjem og overhørte private samtaler og kontrollen skjedde i det som i utgangspunktet var arbeidstakerens *fritid*. Dette var momenter som gjorde tiltaket spesielt inngripende.

⁷³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

⁷⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

Dommen gir uttrykk for at når tiltaket var såpass inngripende, kunne det ikke være rettmessig med mindre det var ”tvingende nødvendig”. Arbeidsgivers behov for tiltaket *kunne* således ha ført til at tiltaket var forholdsmessig, men retten la her vekt på at mindre inngripende tiltak ikke var forsøkt for å klarlegge fakta. Retten kom dermed til at tiltaket ikke var forholdsmessig etter arbeidsmiljøloven § 9-1, og at kontrollrapportene derfor måtte avskjæres som bevis.

Også i kjennelsen inntatt i RG-2004-347, omtalt i punkt 7.1.2 ovenfor, ble det vektlagt at det internettprogrammet arbeidsgiver undersøkte var et internettprogram registrert i arbeidstakerens navn og at det fremgikk tydelig av filene at de var av rent privat karakter. Det må legges til grunn at inngrepet for arbeidstaker dermed var større enn dersom det for eksempel hadde dreid seg om kontroll av filer som var virksomhetsrelaterte og lagret på bedriftens server, slik forholdet var i dom avsagt av Oslo tingrett 24. april 2002.⁷⁵ I denne dommen vektla tingretten i interesseavveiningen ”at materialet ikke er oversendt i privat e-post, men hentet ned fra internett og lagret på bedriftens fellesområde på serveren”. Det må antas at inngrepet derfor ikke var like inngripende for arbeidstaker som det var i den overnevnte dom fra lagmannsretten.

I vurderingen av hvor inngripende et tiltak er, vil det være et moment om det foreligger avtale om det aktuelle kontrolltiltaket, eller instruks, retningslinjer mv. Kjennelsen inntatt i RG-2004-347, omtalt ovenfor, er egnet til å vise dette. Det var her en mistanke om misbruk av pc til privat bruk som gjorde at det ble tatt stikkprøver som avslørte arbeidstakers private bruk. Retten uttaler at når det da ”ikke foreligger noen avtale om slik kontroll, intet samtykke, ingen interne retningslinjer eller instruks som var kjent for arbeidstageren, ser lagmannsretten det slik at interesseavveiningen må slå ut til fordel for personvernet for den ansatte”. Uttalelsen viser at dersom det hadde foreligget en avtale, instruks eller lignende, så ville dette gjort inngrepet mindre alvorlig, og arbeidsgivers interesse i kontrolltiltaket kunne dermed oversteget hensynet til personvernet.

⁷⁵ TOSLO-2001-12516

Også Oslo tingretts dom av 24. april 2002⁷⁶ illustrerer at instruks mv har betydning for hvor inngripende tiltaket er for arbeidstaker. Det ble tillagt stor betydning ”at saksøker både i internavisen Piketten og i møte 11. juli fikk meget klare advarsler om at slik virksomhet var forbudt, og varsel om at man ville prøve å finne fram til den skyldige om slikt materiale ble funnet på dataanlegget”.

Videre nevner forarbeidene at relevante momenter vil være om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom *forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, og i hvilken grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer*.⁷⁷ Også disse momentene er relevante fordi de sier noe om hvor inngripende tiltaket vil være for arbeidstaker.

Det er også av stor betydning *om arbeidstaker har fått informasjon om kontrolltiltaket* eller ikke. Dersom arbeidstaker er informert, vil tiltaket regulært være mindre inngripende enn dersom informasjon ikke er gitt.

Kjennelsen om avskjæring av videoopptak som bevis i Rt-1991-616 viser betydningen av at informasjon ikke er gitt. Her ble videoovervåkning foretatt av arbeidsgiver ansett som et uakseptabelt inngrep i den personlige integritet. Ut fra dommen synes det avgjørende for konklusjonen å ha vært at opptakene var hemmelige. Arbeidstaker hadde ingen kunnskap om at han/hun ble overvåket eller tatt opp på video. Dette illustrerer at manglende informasjon til arbeidstaker kan medføre at inngrepet anses svært alvorlig, hvilket igjen vil stille enda høyere krav til arbeidsgivers interesse i tiltaket. En annen sak er at dersom inngrepet er så alvorlig som i denne saken, vil tiltaket være ulovlig allerede av den grunn at det er krenkende.

⁷⁶ TOSLO-2001-12516

⁷⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

Dommen inntatt i Rt-2001-1589 illustrerer at selv om ikke informasjon om tiltaket uttrykkelig er gitt, kan praksis med mer får betydning i vurderingen av hvor inngripende tiltaket er ovenfor arbeidstaker. Dommen er omtalt i punkt 6.3.4. Høyesterett kommenterer på et punkt om det at arbeidsgiver tok seg inn på arbeidstakers kontor og tok utskrift av harddisken på arbeidstakers PC gjør at bedriften er avskåret fra å bruke opplysningene i utskriften som bevis. Høyesterett sier først at de ikke anser det som nødvendig å ta stilling til rettmessigheten av denne handlingen. Deretter uttaler førstvoterende imidlertid at det vanskelig ”kan rettes kritikk av betydning” mot at IT-ledelsen gikk frem som de gjorde. Høyesterett legger da vekt på at det var *vanlig og akseptert* at de ansatte benyttet hverandres kontorer og til dels også PC’er. Videre ble utskriften tatt da man hadde *konkret mistanke* om at A stod for bruken av en uforholdsmessig del av arbeidsgivers internettlinje. Inngrepet i arbeidstakers personvern oversteg dermed ikke arbeidsgivers interesse i tiltaket, da det er ”vanlig og akseptert” at man på arbeidsplassen gikk inn på hverandres PCer.

Forholdsmessighetskravet stiller også krav til utformingen og praktiseringen av kontrolltiltaket. Kravet har derfor en nær tilknytning til begrensning av arbeidsgivers behov og således saklighetskravet.⁷⁸ Det vil dermed være et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen om det aktuelle formål kan ivaretas på en mindre belastende, alternativ måte.⁷⁹ I den ovenfor omtalte dom i RG-2007-56 ble det for eksempel vektlagt av man ikke hadde forsøkt å kartlegge fakta på en mindre inngripende måte, for eksempel ved å snakke med arbeidstaker eller å gjøre andre åpne undersøkelser. Dersom arbeidsgiver hadde forsøkt dette først, ville muligens undersøkelsene i arbeidstakers hjem vært forholdsmessige.

Videre er det et relevant moment i vurderingen av om et konkret kontrolltiltak er forholdsmessig om det eksisterer andre kontrolltiltak på arbeidsplassen. Forarbeidene presiserer at *summen av kontrolltiltak* i virksomheten kan føre til at det aktuelle kontrolltiltaket er ulovlig. Det hjelper ikke at et kontrolltiltak isolert sett er i samsvar med

⁷⁸ Underutvalgets rapport s. 104

⁷⁹ Se blant annet RG-2007-855

lovens vilkår. Anvendelsen av det aktuelle tiltaket kan bli ansett som uforholdsmessig dersom dette tiltaket ”medfører at den forsvarlige tålegrense for arbeidstakerne eller arbeidsmiljøet som sådan blir overskredet, bedømt ut fra summen av eksisterende kontrolltiltak i bedriften”.⁸⁰ Forarbeidene sikter til at den totale summen av tiltak må vurderes for å se hvor inngripende disse samlet sett vil være for arbeidstaker. Forholdsmessighetskravet må dermed ses i lys av arbeidsmiljøloven § 4-1 som stiller krav til et forsvarlig arbeidsmiljø. Selv om tiltakene på arbeidsplassen ikke er spesielt inngripende for arbeidstaker, er tiltakene ikke forholdsmessige dersom arbeidsmiljøet på grunn av disse ikke lengre er forsvarlig. Dette kan typisk være tilfelle dersom arbeidsdagen i for stor grad blir preget av kontroll og overvåkning, selv om tiltakene ikke i seg selv er spesielt inngripende.

Det må det antas at den totale summen av kontrolltiltak i virksomheten ville fått betydning ved vurderingen av et kontrolltiltaks forholdsmessighet også før vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven. Kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø fulgte også av arbeidsmiljøloven av 1977 § 7, og arbeidsgiver styringsrett er som nevnt begrenset av lov.

Videre stiller forholdsmessighetsprinsippet krav til rettsgrunnlaget for kontrolltiltaket.⁸¹ *Hvilken hjemmel* arbeidsgiver har for kontrolltiltaket vil således få betydning i forholdsmessighetsvurderingen. Dersom det er snakk om et særlig inngripende kontrolltiltak, vil tiltaket for eksempel lettere være forholdsmessig dersom hjemmelen finnes i lov i stedet for arbeidsgivers styringsrett. I forarbeidene er det nevnt som eksempel at tidskontroller normalt kan settes i verk med hjemmel i styringsretten, mens tiltak som impliserer kroppsundersøkelser som regel må ha hjemmel i lov eller uttrykkelig samtykke.⁸² Dersom et tiltak har hjemmel i samtykke, må det altså antas at dette lettere vil være forholdsmessig enn dersom tiltaket er iverksatt med hjemmel i styringsretten. Dette kan imidlertid ikke tolkes absolutt, men må ses i sammenheng med

⁸⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145

⁸¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 140

⁸² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 140

forholdsmessighetsvurderingen for øvrig. Kravene som stilles til rettsgrunnlaget vil bero på arbeidsgivers behov for kontrollen, kontrollens art og hvor inngripende den er. I den nevnte dom i AD 2001 nr. 3 dreide det seg for eksempel om urinprøvetaking, hvilket må anses som et inngripende tiltak. Likevel ble tiltaket ansett lovlig, på tross av at arbeidsgiver ikke hadde annet grunnlag for tiltaket enn styringsretten. Arbeidsgivers behov for tiltaket var imidlertid så tungtveiende, at retten ikke stilte spørsmålstegn ved om selve rettsgrunnlaget gjorde tiltaket uforholdsmessig.

8 Saksbehandlingsreglene i aml § 9-2 - drøfting, informasjon og evaluering av kontrolltiltak

8.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven § 9-2 oppstiller etter ordlyden pliktregler for arbeidsgiver når det gjelder selve saksbehandlingen ved iverksettelse og oppfølging av kontrolltiltak. Reglene er i stor grad en lovfesting av saksbehandlingsreglene oppstilt i Hovedavtalen § 9-13 nr. 2 og Tilleggsavtale V til Hovedavtalen punkt 3 og 4.

Loven inneholder ingen bestemmelser som regulerer konsekvensene av brudd på saksbehandlingsreglene. Det er heller intet uttrykkelig krav etter arbeidsmiljøloven § 9-1 at saksbehandlingsreglene i § 9-2 er overholdt for at kontrolltiltaket skal være lovlig. Selv om arbeidsgiver ikke har overholdt sine plikter etter § 9-2, medfører altså dette ikke i seg selv at kontrolltiltaket er ulovlig. Imidlertid følger det av forarbeidene at brudd på saksbehandlingsreglene vil være relevante momenter i *saklighetsvurderingen* etter § 9-1.⁸³

Forarbeidenes henvisning til at manglende informasjon eller drøfting vil være et moment i den alminnelige saklighetsvurderingen er upresis. Mens manglede drøfting korrekt nok vil

⁸³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314

få betydning for saklighetsvurderingen, vil manglende informasjon få betydning ved forholdsmessighetsvurderingen, jf punkt 8.2 og 8.3 nedenfor.

Selv om § 9-2 kun er en ”ordensforskrift”,⁸⁴ vil brudd på bestemmelsen altså i enkelte tilfeller kunne få avgjørende betydning for om kontrolltiltaket er lovlig eller ikke. Brudd på bestemmelsen må særlig antas å få betydning ved spesielt inngripende kontrolltiltak, for eksempel ved videoovervåkning av de ansatte. Ved mindre inngripende kontrolltiltak, som for eksempel enkelte former for tidsregistrering, må det antas at brudd på informasjons- og drøftelsesplikten ikke vil tillegges avgjørende vekt i vurderingen av om kontrolltiltaket er rettmessig.

8.2 Drøftelsesplikten

Arbeidsgiver plikter etter arbeidsmiljøloven § 9-2 første ledd å drøfte ”behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring” av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte.

Drøftingsplikten, så som evalueringsplikten i tredje ledd, er således avhengig av at det er tillitsvalgte i virksomheten. ”Tillitsvalgte” skal i denne sammenheng tolkes vidt.⁸⁵ Ikke bare tillitsvalgte i tariffrettslig forstand omfattes, men også andre *valgte* tillitspersoner som kan opptre som representant for arbeidstakerne, for eksempel verneombud eller arbeidsmiljøansvarlig.

Drøftelsene skal skje ”så tidlig som mulig”. Så snart arbeidsgiver vurderer iverksettelse av en eller annen form for kontrolltiltak eller endring av et eksisterende, må dette altså tas opp med de tillitsvalgte. Drøftelsene må skje på et stadium hvor arbeidstakerne gjennom de tillitsvalgte har en reell anledning til å komme med sine synspunkter. Bestemmelsen forutsetter at arbeidsgiver ikke enda har fattet en beslutning om kontrolltiltaket – formålet med bestemmelsen er at arbeidstakernes synspunkter skal utgjøre en del av arbeidsgivers

⁸⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314

⁸⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

beslutningsgrunnlag ved iverksettelse og utforming av kontrolltiltaket.⁸⁶ Dette viser også at første ledd kun er en regel om *drøftingsplikt*. Det er arbeidsgiver som fatter beslutning om kontrolltiltak, og ved uenighet mellom partene er det fremdeles arbeidsgiver som kan fatte endelig beslutning om kontrolltiltaket og dets nærmere utforming og innhold.⁸⁷ Dette ligger naturlig i det underordningsforhold en arbeidskontrakt etablerer.

Forarbeidene presiser at et særlig siktemål med drøftelsesplikten er at partene kommer frem til løsninger vedrørende tiltakenes utforming og gjennomføring som i størst mulig grad begrenser inngrepet i arbeidstakernes personlig forhold og andre ulemper ved kontrollen.⁸⁸

Før ikrafttreddelsen av den nye arbeidsmiljøloven var det ingen *lovbestemmelser* som regulerte drøftingsplikt for arbeidsgiver når det gjaldt kontrolltiltak. Som nevnt inneholder riktignok Hovedavtalen bestemmelser om drøftelsesplikt.

Arbeidsgivers styringsrett er imidlertid som nevnt begrenset av det generelle saklighetskravet. Gjennom rettspraksis før vedtakelsen av § 9-2 er det utviklet et krav til at det er skjedd en *forsvarlig saksbehandling* dersom arbeidsgivers beslutninger i kraft av styringsretten skal være saklige, jf blant annet Rt-1988-20 og Rt-2001-418. Når beslutninger tas av arbeidsgiver med virkning for arbeidstakerne, vil drøftelser med arbeidstakerne i mange tilfeller være nødvendig for å få innsikt i arbeidstakernes syn på saken og eventuelle innvendinger. Dermed vil kravet til drøftelser med arbeidstakerne ofte være sentralt for at arbeidsgiver skal ha et forsvarlig grunnlag for å treffe beslutninger i kraft av styringsretten.⁸⁹ Uttalelser i Rt-2004-1844 illustrerer nettopp dette. Saken gjaldt erstatning på grunn av mobbing på arbeidsplassen. Her tas det blant annet opp at arbeidstakeren hadde motsatt seg en intern overføring. Høyesterett bemerker at dette ”skjedde imidlertid ikke uten at han fikk uttale seg, eller uten at han hadde noen mulighet

⁸⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

⁸⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

⁸⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

⁸⁹ Se også Fougner (2007) s. 170

til å øve innflytelse på det som skjedde”. Av denne grunn finner Høyesterett at det ikke er noen ”grunn til kritikk av fremgangsmåten ved overføringen; den lå klart innenfor arbeidsgiverens styringsrett, og saksbehandlingen var ikke uforsvarlig”.

Gjeldende rett skiller seg fra rettstilstanden før arbeidsmiljøloven av 2005 ved at loven oppstiller en absolutt drøftelsesplikt. Selv om domstolene også tidligere vektla om det var skjedd drøftelser, vil lovfestingen av en drøftelsesplikt sannsynligvis også medføre en endring i gjeldende rett. Domstolene vil sannsynligvis legge større vekt på drøftelser i enhver sak om kontrolltiltak i og med lovfestingen. Drøftelser vil sannsynligvis også bli mer vanlig å gjennomføre, idet arbeidsgiver har en lovfestet plikt til dette. Dermed kan det gå hardere utover de som ikke har gjort dette enn det ville gjort tidligere, selv ved mindre inngripende kontrolltiltak.

Ved inngripende kontrolltiltak vil domstolene sannsynligvis legge mer vekt på eventuelle brudd på drøftelsesplikten, slik som de også ville stilt større krav til saksbehandlingen etter tidligere gjeldende rett.⁹⁰ Dersom det ikke er snakk om et inngripende kontrolltiltak vil domstolene sannsynligvis ikke legge særlig vekt på brudd på drøftelsesplikten etter § 9-2, i samme grad som domstolene ikke ville sett unnlatte drøftelser som uforsvarlig saksbehandling etter tidligere gjeldende rett.

8.3 Informasjonsplikten

Mens første ledd regulerer arbeidsgivers drøftelsesplikt, regulerer annet ledd arbeidstakernes *krav på informasjon* om kontrolltiltak når beslutning om iverksettelse av kontrolltiltak er fattet. Arbeidsgiver plikter å gi de berørte arbeidstakerne informasjon før tiltaket iverksettes. Bestemmelsen synes dermed å ivareta en sentral del av hensynet til arbeidstakernes personvern – bestemmelsen sikrer at den enkelte er klar over hva andre vet om en selv, her hvilken informasjon arbeidsgiver har tilgang til.⁹¹ Arbeidsgiver skal gi

⁹⁰ Fougner (2007) s. 171

⁹¹ Dette hensynet ble tillagt vekt i RG-1993-77

informasjon om ”formålet med kontrolltiltaket, praktiske konsekvenser av kontrolltiltaket, herunder hvordan kontrolltiltaket vil bli gjennomført”, og ”kontrolltiltakets antatte varlighet”, jf aml § 9-2. Informasjon om dette er nødvendig blant annet for at arbeidstakerne skal kunne vurdere tiltakets rettmessighet. Videre er informasjon om formålet med tiltaket sentralt blant annet sett i forhold til evalueringsplikten i aml § 9-2 tredje ledd – dersom behovet for tiltaket ikke lengre er til stede, vil kontrolltiltaket heller ikke lengre være lovlig. I motsetning til bestemmelsens første og tredje ledd hvor drøftelser og evaluering skal skje med de tillitsvalgte, er det ”de berørte arbeidstakerne” som har krav på informasjon om kontrolltiltak. Annet ledd gjelder altså uavhengig av om virksomheten har tillitsvalgte eller ikke.

Før arbeidsmiljøloven av 2005 var det ingen lovbestemmelser som eksplisitt regulerte arbeidsgivers informasjonsplikt ved iverksettelse av kontrolltiltak.

Arbeidsmiljøloven (1977) § 12 nr 3 regulerte imidlertid arbeidsgivers informasjonsplikt om ”systemer som nyttes ved planlegging og gjennomføring av arbeidet, herunder om planlagte endringer i slike systemer”. Domstolene har aldri tatt stilling til om bestemmelsen kommer til anvendelse ved kontrolltiltak. I Rt-1991-616, hvor det var spørsmål om et hemmelig videoopptak av en arbeidstaker kunne brukes som bevis i en straffesak, uttaler Høyesterett imidlertid at det var ”atskillig som taler for ” at bestemmelsen fikk anvendelse.

Flere dommer oppstiller imidlertid indirekte et krav om at arbeidstakerne har fått informasjon om kontrolltiltak, ved at det i vurderingen av tiltakets lovlighet legges vekt på om arbeidstakerne er informert eller ikke. I Rt-1991-661 fant Høyesterett at ”fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør anses uakseptabel”. ”Fremgangsmåten” sikter her nettopp til at videoopptaket var ”hemmelig” – de ansatte var ikke informert om overvåkingen.⁹² I RG-1993-77 ble det ansett som avgjørende for at kontrolltiltaket var ulovlig at arbeidstakeren ikke på forhånd var blitt gjort oppmerksom på tiltaket i form av instruks, ved alminnelig kjent praksis eller ved innhenting av samtykke.

⁹² Se også Rt-2001-668

RG-2004-347 har en uttalelse i samme retning: ”Når det da ikke foreligger noen avtale om slik kontroll, intet samtykke, ingen interne retningslinjer eller instruksjoner som var kjent for arbeidstageren, ser lagmannsretten det slik at interesseavveiningen må slå ut til fordel for personvernet for den ansatte.”

Motsatt vekta Høyesterett ved vurderingen av kontrolltiltakets lovlighet i Rt-2001-1589 at det var ”vanlig og akseptert at de ansatte gikk inn på hverandres kontorer og til dels brukte hverandres PC’er”. Selv om det i saken ikke var informert om kontrolltiltaket, kan dette sies å være et uttrykk for at det er av betydning at arbeidstaker vet hvilken informasjon arbeidsgiver har tilgang til. Informasjonsplikten ivaretar nettopp dette hensynet. Videre, i RG-2002-162, anså retten det som et moment for at videoovervåkningen var lovlig at det på arbeidsplassen var kjent og akseptert relativt omfattende overvåkning av lokalet. Inngrepet i personvernet ble da ansett å være noe mindre alvorlig enn det ellers ville ha vært.

De foran nevnte dommene vil være relevante for vurderingen av hvilke konsekvenser brudd på informasjonsplikten får for tiltakets rettmessighet, nærmere bestemt dets forholdsmessighet. Informasjon om tiltaket har stor betydning for hvor inngripende tiltaket vil være for arbeidstaker. Dersom arbeidstakerne gjennom praksis eller lignende klar over tiltak, vil nok brudd på informasjonsplikten få svært liten vekt selv ved ganske inngripende kontrolltiltak. Hensynet bak regelen er i slike tilfeller ivaretatt, om enn med andre midler enn det loven foreskriver. Ovennevnte dom i Rt-2001-1589 er et eksempel på dette.

Forarbeidene presiserer at reglene om drøfting og informasjon knytter seg til ”systemer for kontroll og overvåkning” som iverksettes.⁹³ Selv om dette ikke er presisert i ordlyden, er det altså ikke lovgivers mening at den konkrete gjennomføringen av hver enkelt kontroll må drøftes og informeres om – hele arbeidsgivers formål med kontrolltiltak ville da til en viss grad falle bort. Dersom arbeidsgiver for eksempel har mistanke om underslag av varer,

⁹³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 148

og derfor treffer beslutning om veskekontroller, er det ordningen som sådan og ikke den enkelte veskekontroll reglene i § 9-2 tar sikte på å regulere.

8.4 Evalueringsplikten

Aml § 9-2 tredje ledd pålegger arbeidsgiver en plikt til jevnlig å ”evaluere behovet for de kontrolltiltak som iverksettes” sammen med arbeidstakernes tillitsvalgte. Således gis de ansatte en mulighet for påvirkning også etter at et kontrolltiltak er iverksatt. Kravene til iverksettelse av kontrolltiltak i § 9-1 må være vedvarende oppfylt, det er ikke tilstrekkelig at kravene er oppfylt idet beslutning om iverksettelse av kontrolltiltak tas. Evalueringsplikten skal sikre at kontrolltiltak blir avviklet dersom det ikke lengre er behov for tiltaket.⁹⁴

Lovgiver har gjennom forarbeidene til den nye loven ofte nevnt forholdet mellom lovligheten av det enkelte kontrolltiltak og den totale sum av kontrolltiltak i virksomheten. Et kontrolltiltak som i utgangspunktet var lovlig, kan altså opphøre å være lovlig på grunn av andre og senere besluttede kontrolltiltak. Evalueringsplikten kan bidra til at partene er mer bevisst nettopp dette forholdet.

Før ikrafttreddelsen av den nye arbeidsmiljøloven var det ingen lovbestemmelser som regulerte evalueringsplikt for arbeidsgiver når det gjaldt kontrolltiltak. Et mål ved vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven var at partene skal forsøke å holde det samlede kontrollnivå i bedriften på et minimum. Evalueringsplikten vil nok bidra til at dette målet nås i større grad enn ellers.

⁹⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 147

Litteraturregister

- Fougner (2007) Jan Fougner *Endring i arbeidsforhold*. Oslo, 2007.
- Fougner (2006) Jan Fougner og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*. Oslo, 2006.
- Jakhelln (2006) Henning Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. 4. Utg. N.W. Damm & Sønn AS, 2006
- Jakhelln (2005) Henning Jakhelln og Helga Aune *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. N.W. Damm & Sønn AS, 2005.
- Jakhelln (1996) Henning Jakhelln. *Fjernarbeid. Noen sentrale rettsspørsmål ved nyere former for hjemmearbeid og arbeid utenfor arbeidsgivers øvrige virksomhet*. I: Complex nr. 5/96.
- Jørstad Stefan Jørstad. *Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte. Med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av personopplysninger i arbeidslivet*. I: Complex nr. 3/04.

Øvrige kildehenvisninger

Lover

Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3

Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994 nr. 55

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14. april 2000 nr. 31

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62

Lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven) av 16. februar 2007 nr. 9

Opphevede lover

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr 4 (Opphevet)

Forarbeider

Ot.prp. nr 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Underutvalgets rapport	Kontroll og overvåkning i arbeidslivet. Underutvalgets rapport, avlevert til Arbeidslivslovutvalget 20. Juni 2002.

Direktiver

Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. Oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger

Internasjonale avtaler

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) Inkorporert i norsk lovgivning ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30

Europarådskonvensjonen av 28. Januar 1981 nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger

Tariffavtaler

Hovedavtalen mellom LO og NHO for tariffperioden 2006-2009

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1952-1217

Rt-1977-902

Rt-1986-1250

Rt-1988-20

Rt-1991-616

Rt-2000-1602

Rt-2001-418

Rt-2001-668

Rt-2001-1589

Rt-2004-1844

Lagmannsrett

RG-2000-664

RG-2002-162

RG-2004-347

RG-2007-56

RG-2007-855

LB-2007-121782

Tingrett

RG-1993-77

TOSLO-2001-12516

Arbetsretten

ARD-1937-114

ARD-1951-201

ARD-1959-1

ARD-1968-44

ARD-1978-110

Den svenske Arbetsrätten

AD 2001 nr. 3